

Juridiska institutionen
Examensarbete, Juristprogrammet
30 högskolepoäng
Vårterminen 2014

Förbättras borgenärsskyddet om lagstiftningen gällande tvångslikvidation på grund av kapitalbrist förändras?

*En komparativ studie av svensk och engelsk reglering belyst ur ett
rättsekonomiskt perspektiv*

Sanna Larsson



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Handledare: Rolf Dotevall

Sammanfattning

Denna uppsats granskar den svenska lagstiftningen gällande tvångslikvidation på grund av kapitalbrist enligt 25:13-20a ABL för att utreda hur lagstiftningen påverkar borgenärernas intresse av att få sina fordringar betalda. Uppsatsen fokuserar på att granska det medansvar som kan drabba styrelsen vid kritisk kapitalbrist och de krav på agerande från styrelsens sida som lagstiftningen ställer. Som alternativ till den svenska lagstiftningen presenteras den reglering som i England kontrollerar styrelsens agerande vid kapitalbrist i aktiebolag. Uppsatsen utreder om borgenärernas intresse hade gynnats av att den svenska lagstiftningen förändras och utformas i likhet med engelsk rätt.

Syftet med lagstiftningen gällande tvångslikvidation på grund av kapitalbrist i svensk rätt får antas vara att verka för att aktiekapitalet inte förbrukas genom förlustbringande affärer. Styrelsen tvingas att agera medan borgenärerna fortfarande har en chans att få betalt. Lagstiftningen innehåller flertalet krav på agerande som styrelsen åläggs att följa. För att garantera att styrelsen följer kraven återfinns i 25:18 ABL ett medansvar som åläggs styrelsen för de skulder bolaget ådrar sig under den tid styrelsen underlåtit att agera i enlighet med lagens krav.

Det handlingsmönster som den svenska lagstiftningen ålägger styrelsen kan anses ineffektivt. Lång tid passerar mellan det att styrelsen först måste agera till dess att bolaget likvideras. Fram till och med att bolaget ska likvideras finns utrymme för styrelsen att genomföra de investeringar som önskas. Den svenska rätten sätter inte borgenärernas intresse i fokus utan fokuserar på aktieägarnas önskan att ha utrymme för att rekonstruera bolaget.

I enlighet med section 214 IA, ”wrongful trading”, ålägger engelsk rätt ett ansvar för styrelsen att se till borgenärens intresse när ett bolag oundvikligen kommer att likvideras på grund av insolvens. Vid denna tidpunkt ska styrelsen antingen direkt likvidera bolaget eller vidta åtgärder som syftar till att minimera borgenärernas förluster. Den engelska lagstiftningen kan anses framåtblickande, det är inte en faktisk insolvens som är avgörande för om styrelsen ska agera, utan möjligheten att i framtiden undvika insolvens är i fokus.

Borgenärerna gynnas av den engelska regleringen. Styrelsen måste sätta borgenärernas intresse i centrum när plikten att agera inträder. Genom att styrelsen inte kan se till aktieägarnas eller sina egna intressen motverkas den benägenhet för överinvesteringar som kan uppkomma i ett bolag med hög skuldsättningsgrad. Trots risken för en hög skuldsättningsgrad i ett bolag med kritisk kapitalbrist kräver inte svensk rätt att styrelsen ska beakta borgenärernas intresse. Utan det är enligt svensk rätt tillräckligt att styrelsen följer de krav lagstiftningen ställer upp för att undgå medansvar.

Utredningen som gjorts i uppsatsen visar på att det finns mycket som talar för en förändring av det svenska borgenärsskyddet med anledning av kritisk kapitalbrist. Borgenärerna hade gynnats av att en reglering likt ”wrongful trading” infördes.

Innehållsförteckning

Sammanfattning	2
Förkortningar	5
1 Inledning.....	6
1.1 Introduktion.....	6
1.2 Syfte och frågeställning.....	9
1.3 Avgränsning.....	9
1.4 Metod och teori.....	10
1.4.1 Komparativ metod	11
1.4.2 Rättsekonomisk analys	12
1.5 Litteraturgenomgång	17
1.6 Disposition.....	18
2 Svensk reglering.....	19
2.1 Aktivitetsplikt	19
2.1.1 Skyldighet att genast upprätta en kontrollbalansräkning.....	20
2.1.2 Skäl att anta kritisk kapitalbrist	20
2.2 Kontrollbalansräkning.....	22
2.2.1 Fortlevnadsprincipen	23
2.2.2 Korrigeringar i förhållande till ÅRL.....	23
2.3 Första kontrollstämma	24
2.4 Andra kontrollstämma	26
2.5 Styrelsens medansvar.....	27
2.5.1 Ansvarets omfattning.....	28
2.5.2 Möjlighet för ledamot att undgå ansvar.....	29
2.5.3 Faktisk kapitalbrist	30
2.5.4 Läkning av kapitalbrist	31
2.6 Att föra talan.....	32
2.7 Intressen bakom lagstiftningen	32
2.7.1 Avvecklingsintresset, rådrumsintresset och varningsintresset	33
2.7.2 Borgenärsskyddets koppling till aktiekapitalet.....	34
2.7.3 Borgenärernas skyddsintresse.....	34
3 Engelsk reglering	36
3.1 "Wrongful trading".....	36
3.1.1 Aktivitetsplikt	37
3.1.2 Styrelsens medansvar.....	40
3.1.3 Att föra talan	41
3.2 "Common law"	42
3.2.1 Aktivitetsplikt	42
3.2.2 Att föra talan	43
4 Jämförelse mellan svensk och engelsk reglering	44
4.1 Kapitalskyddets funktion som borgenärsskydd	44
4.2 Insufficiens och insolvens.....	44
4.3 Handlingsdirigerande effekt.....	46

4.4	Styrelsens agerande.....	47
4.5	Regleringens omfattning.....	48
4.6	Att utkräva ansvar	49
4.7	Bolagsrätt och insolvensrätt	49
5	Diskussion om hur skillnaderna mellan svensk och engelsk reglering	
	påverkar borgenärsskyddet.....	50
5.1	Kapitalskyddets funktion som borgenärsskydd.....	50
5.2	Insufficiens och insolvens.....	51
5.2.1	Tidpunkt för ingripande	52
5.3	Handlingsdirigerande effekt.....	54
5.4	Styrelsens agerande.....	55
5.5	Regleringens omfattning.....	56
5.6	Att utkräva ansvar	56
5.7	Bolagsrätt och insolvensrätt	57
5.8	Borgenärerna	58
6	Rättsekonomisk analys.....	59
6.1	Transaktionskostnader	59
6.2	Principal-agent problematiken och informationsasymmetri	61
6.2.1	Överinvesteringsproblemet.....	61
6.2.2	Underinvesteringsproblemet.....	62
6.3	Avslutande rättsekonomiska synpunkter.....	63
7	Slutsats.....	64
8	Källförteckning	68

Förkortningar

A a	Anfört arbete
A prop	Anförd proposition
A st	Anfört ställe
ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
ALL ER	The All England Law Reports
BCC	British Company Law Cases
BCLC	Butterwoths Company Law Cases
BPIR	Bankruptcy and Personal Insolvency Reports
BrB	Brottsbalk (1962:700)
CA	Companies Act 2006
EBOR	European Business Law Review
EWHC	High Court of England and Wales
EU	Europeiska unionen
f	Följande sida
HD	Högsta domstolen
IA	Insolvency Act 1986
JT	Juridisk Tidskrift
Jfr	Jämför
KonkL	Konkurslag (1987:672)
M fl	Med flera
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TrL	Lag (1967:533) om tryggande av pensionsutfästelser
UB	Utsökningsbalk (1981:774)
ÅRL	Årsredovisningslag (1995:1554)

1 Inledning

1.1 Introduktion

Aktiebolaget förenklar driften av företag. Ägarna kan, genom att använda sig av ett aktiebolag, driva sin verksamhet utan att riskera sina personliga tillgångar. Enbart de medel som tillhör aktiebolaget kan förloras. Bristen på personligt betalningsansvar för ägarna leder dock till en intressebegränsning mellan bolagets aktieägare och bolagets borgenärer. Borgenärerna har ett intresse av att det finns bundet kapital i bolaget tillräckligt för att garantera att aktiebolagets fordringar kan betalas eftersom borgenärerna inte kan kräva aktieägarna personligen om fordringarna saknar täckning. Väljer aktieägarna att ha ett lågt eget kapital i bolaget, eller försvinner bolagets eget kapital genom förluster, kan ägarnas benägenhet att ägna sig åt riskfylld verksamhet öka. Genom borgenärsskyddsreglerna ska aktieägarnas och borgenärernas intressen balanseras. Lagstiftningen om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist utgör en del av borgenärsskyddet i ABL.¹ Det är denna del av borgenärsskyddet som ska studeras i uppsatsen. Lagstiftningen syftar till att förhindra att bolaget drivs vidare om bolagets eget kapital är lägre än hälften av det registrerade aktiekapitalet. Det åligger styrelsen att följa de lagstadgade handlingsreglerna gällande tvångslikvidation uppställda i 25:13-20a ABL under hot om medansvar.²

Styrelsens medansvar vid kritisk kapitalbrist är en återkommande ansvarsfråga i våra domstolar. Emellertid kan lagstiftningen ifrågasättas.³ Den borgenärsskyddande effekten av lagstiftningen kan anses som svag eftersom lagstiftningen inte kräver att styrelsen vidtar åtgärder som motverkar insolvens och i förlängningen konkurs utan istället leder till kostnader för att följa uppställda procedurregler.⁴ Lagstiftningen innehåller krav på att styrelsen ska upprätta en kontrollbalansräkning och kalla till bolagsstämma på vilken aktieägarna ska besluta om antingen likvidation eller rekonstruktion av aktiebolaget.⁵ Även det faktum att lagstiftningen utgår från en insufficiensbedömning grundad på bolagets bokföring istället för att försöka motverka de risker som uppstår vid insolvens kan ifrågasättas.⁶

Styrelsens handlingsplikt vid kritisk kapitalbrist kopplas enligt 25:13 ABL till bolagets registrerade aktiekapital. När bolagets eget kapital understiger hälften av aktiekapitalet startar handlingsplikten. Kravet på aktiekapital kan, i relation till dagens penningvärde, anses vara det lägsta någonsin.⁷ I och med det låga aktiekapitalet kan borgenärsskyddet med anledning av kritisk kapitalbrist anses urholkat. Tidpunkten när styrelsen måste ingripa skjuts allt närmare tidpunkten för konkurs. Dagens låga penningvärde bör väcka frågan om det är av intresse att införa ett borgenärsskydd vid kapitalbrist som inte utgår från aktiekapitalets täckning?

¹ Sacklén, SvJT 1994 s 136 f.

² A a, s 148.

³ Sandström, Infotorg analys, Ansvar för kapitalbrist i aktiebolag.

⁴ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, s 255.

⁵ 25:13-16 ABL.

⁶ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, s 48.

⁷ Sandström, Infotorg analys, Kapitalbrist i aktiebolag.

Genom rättsutveckling på EU-rättens område har det öppnats upp för konkurrens inom EU mellan unionens aktiebolagsformer. Medborgarna kan starta aktiebolag i valfritt medlemsland för att sedan driva bolaget i sitt hemland genom en filial. I USA där det råder liknande konkurrens mellan delstaterna har konsekvenser skett på bolagsrättens område i form av förändrad och förenklad lagstiftning. Den engelska bolagsrätten uppfattas som en stark konkurrent på den europeiska arenan och särskilt fokus har legat på hur borgenärsskyddet med anledning av kapitalbrist är konstruerat i engelska bolag.⁸

Regelkonkurrensen kan dock leda till att borgenärsskydd saknas i domstolsförhandlingar efter en konkurs. Insolvensförordningen i EU stadgar att insolvensrätten i landet där talan hålls är gällande rätt tillsammans med den aktiebolagsrätt det aktuella bolaget lyder under. På grund av skillnaderna gällande var borgenärsskyddet regleras, i insolvensrätten eller aktiebolagsrätten, kan problem uppstå och borgenärerna kan sakna borgenärsskydd vid talan i domstol. Problemet kan inte lösas genom att föra talan i det land där borgenärsskyddet med anledning av kapitalbrist finns. Ett insolvensförfarande ska, enligt insolvensförordningen, genomföras där ett aktiebolag har sitt huvudsakliga intresse.⁹ Lagstiftaren bör fundera på hur svensk bolagsrätt kan göras attraktiv ur ett internationellt perspektiv, dels för att skapa en konkurrensfördel, dels för att skapa mervärde på ett nationellt plan. Lagstiftaren bör även sträva efter att borgenärerna ska ha ett heltäckande borgenärsskydd oavsett var i EU de väljer att registrera sitt aktiebolag.

Den svenska konstruktionen av styrelsens medansvar vid kritisk kapitalbrist och de handlingsmönster lagstiftningen ålägger styrelsen kan ifrågasättas och ställas i kontrast till den engelska regleringen gällande dess krav på styrelsens agerande vid kapitalbrist.¹⁰ Section 214 IA, "wrongful trading", uttrycker ett ansvar för styrelsen att agera när bolaget inte längre har en rimlig chans att undvika att likvideras på grund av insolvens. Styrelsen ska då antingen likvidera bolaget eller börja agera utifrån borgenärernas intresse. Syftet med lagstiftningen är, precis som den svenska, att skydda bolagets borgenärer.¹¹ Även den engelska lagstiftningen har dock ifrågasatts då det finns osäkerheter i hur tidpunkten för när ett aktiebolag inte kan undvika insolvens ska fastställas.¹²

En reglering likt "wrongful trading" presenterades år 2003 av EU som förslag till ett harmoniserat borgenärsskydd för medlemsländerna. "Wrongful trading" hävdades innebära höga krav på styrelsen och ansågs leda till en tidig reaktion på dåliga finanser i bolaget.¹³ Förslaget diskuterades i en uppföljande konsultation år 2006 men bedömdes då inte kunna drivas igenom. Anledningen till att förslaget inte kunde genomföras var, bland annat, svårigheter med att harmonisera terminologin mellan

⁸ Dotevall, SvJT 2006 s 885-890.

⁹ A a, s 895-899.

¹⁰ Se Sandström, Infotorg analys, Ansvar för kapitalbrist i aktiebolag och Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, s 46-48.

¹¹ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl s 46-48.

¹² Dotevall, SvJT 2006 s 890.

¹³ Bachner, EBOR 5 (2004), s 293 f.

länderna.¹⁴ Även om förslaget inte gick att driva igenom på EU nivå bör det faktum att EU intresserade sig för ”wrongful trading”-regleringen vara ett tecken på dess popularitet.

Lagstiftningen gällande tvångslikvidation på grund av kapitalbrist i svensk rätt och det medansvar som åläggs styrelsen om de inte följer instruktionerna lagstiftningen ställer upp har, som ovan visats, kritiserats. Det är därför av vikt att utreda den svenska lagstiftningen på området. För att ifrågasätta den svenska lagstiftningen och presentera ett alternativ ska en komparativ studie mellan svensk och engelsk reglering genomföras. Styrelsens medansvar vid kritisk kapitalbrist enligt 25:13-20a ABL och de handlingsregler den svenska lagstiftningen ställer upp ska jämföras med ”wrongful trading”-regleringen i section 214 IA. Även engelsk ”common law”¹⁵ ska undersökas för att ge en helhet av borgenärsskyddet vid kapitalbrist i engelska aktiebolag. Analysen om en lagstiftning likt ”wrongful trading”, och de skyldigheter som återfinns i ”common law”, är ett alternativ för Sverige kommer att fokusera på respektive lagstiftnings borgenärsskyddande konsekvenser och de rättsekonomiska effekter lagstiftningen leder till för borgenärerna. Även de intressen som ska vägas mot borgenärernas intresse kommer att belysas till viss del.

”Wrongful trading”-regleringen har tidigare diskuterats i relation till kapitalskyddet vid kritisk kapitalbrist i svenska aktiebolag.¹⁶ Litteraturen presenterar visserligen ”wrongful trading” som ett alternativ till den reglering som finns i Sverige idag, men inom ramen för litteraturen saknas en jämförelse som enbart fokuserar på de båda regelkonstruktionerna och dess borgenärsskyddande konsekvenser. Jämförelser går att finna i artiklar, men även här är utbudet begränsat.¹⁷ Antalet studentuppsatser på området är få.¹⁸ Utifrån det begränsade antalet redogörelser på området bör det finnas utrymme för ytterligare en jämförande analys. Denna uppsats kommer att belysa funktionen av de olika rättsordningarnas konstruktion av borgenärsskyddet vid kritisk kapitalbrist respektive förestående insolvens ur ett rättsekonomiskt perspektiv. Inspiration för att anlägga ett rättsekonomiskt perspektiv är hämtad från Bergström och Samuelssons redogörelser i ”Aktiebolagets grundproblem”. ”Aktiebolagets grundproblem” granskar aktiebolagsrätten ur ett rättsekonomiskt perspektiv.¹⁹ Genom att analysera även den engelska regleringen ur ett rättsekonomiskt perspektiv, samt genomföra en rättsekonomisk analys vilken enbart fokuserar på hur medansvaret vid kritisk kapitalbrist påverkar borgenärsskyddet är förhoppningen att bidra med ett intressant resonemang.

¹⁴ Bachner, *Creditor Protection in Private Companies*, s 182.

¹⁵ ”Common law” är beteckningen för den domarskapade rätten som återfinns i England. I varje fall baserat på ”common law” söker domare efter det domslut som kan anses ge uttryck för rätten. Nationalencyklopedin, Common law.

¹⁶ Se Andersson, *Kapitalskyddet i aktiebolag*, 6 uppl s 46-48 och Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt*, s 59, 282.

¹⁷ Se Dotevall, *SvJT* 2006 s 885-899.

¹⁸ Sökningar har genomförts i Göteborgs universitets databas och databaser, tillhörande resterande svenska universitet, vilka allmänheten har tillgång till.

¹⁹ Se Bergström & Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem* och Bergström & Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem – En rättsekonomisk analys*.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att granska den svenska lagstiftningen gällande tvångslikvidation på grund av kapitalbrist enligt 25:13-20a ABL. Lagstiftningen ska granskas utifrån hur styrelsens medansvar vid kritisk kapitalbrist påverkar borgenärernas intresse av att få sina fordringar betalda. När styrelsens medansvar utreds ska de krav som lagstiftaren ställer upp vilka styrelsen måste följa för att inte drabbas av medansvar vara i fokus. Syftet är att utreda om borgenärernas intresse hade tillgodosetts i större utsträckning om den svenska lagstiftningen istället var utformad som den engelska regleringen? Såväl "wrongful trading" som den engelska "common law" vilken reglerar hur styrelsen i ett engelskt bolag ska agera med anledning av kapitalbrist ska anses vara en del av den engelska rätten och undersöks därför. Vidare är syftet att anlägga ett rättsekonomiskt perspektiv för att möjliggöra slutsatser av respektive lagstiftnings effektivitet utifrån ett ekonomiskt effektivitetsbegrepp. För att uppnå syftet utreds följande frågeställningar:

- Vad är innebörden av den svenska regleringen gällande styrelsens medansvar vid kritisk kapitalbrist enligt 25:13-20a ABL och hur kräver regleringen att styrelsen ska agera för att undgå ansvar?
- Hur ser den engelska regleringen ut gällande styrelsens ansvar vid kapitalbrist enligt "wrongful trading" och "common law" och hur kräver regleringen att styrelsen ska agera för att undgå ansvar?
- Vilka är likheterna och skillnaderna mellan de olika ländernas reglering gällande styrelsens agerande vid kapitalbrist och hur påverkar eventuella skillnader borgenärsskyddet?
- Vilka effekter får den svenska och engelska regleringen ur ett rättsekonomiskt perspektiv och hur påverkar eventuella effekter borgenärsskyddet?
- Bör Sveriges lagstiftning förändras och utformas i likhet med engelsk rätt för att i större utsträckning tillgodose borgenärernas intresse av att få sina fordringar betalda?

1.3 Avgränsning

I denna uppsats studeras enbart privata aktiebolag, publika aktiebolag lämnas därhän. Anledningen är dels utrymmesmässig, dels ett intresse av att studera regleringen i relation till en rättsordning som har krav på aktiekapital, den svenska, och en rättsordning som saknar kapitalkravet, den engelska. I publika aktiebolag återfinns ett krav på aktiekapital i såväl svensk som engelsk rätt.²⁰

Fokus i utredningen ligger enbart på det ansvar som kan drabba styrelsen. Det betalningsansvar som i engelsk rätt kan tillfalla en "shadow director"²¹ kommer inte

²⁰ 1:14 ABL och Hannigan, Company law, s 455.

²¹ En "shadow director" som kan drabbas av ansvar enligt section 214(7) IA anses vara någon som har möjlighet att påverka arbetet i styrelsen. Syftet med att inkludera "shadow directors" i gruppen som kan drabbas av medansvar är att alla som har reellt inflytande över bolaget ska omfattas av skyldigheten i section 214 IA. Ett moderbolag som utövar kontroll över sitt dotterbolag kan anses vara en "shadow director". Hannigan, Company Law, s 146, 56 och Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar s 253.

att beaktas. Anledningen till avgränsningen är att jämförelsen ska omfatta samma subjekt i båda rättsordningarna, de av bolaget utsedda styrelseledamöterna. Naturligtvis ska inte heller de aktörer²² som enligt 25:13-20a ABL kan drabbas av medansvar vid sidan av styrelsen ses till i uppsatsen.

Även om ”common law” utreds och analyseras i uppsatsen för att ge en helhetsbild av den engelska regleringen som finns med anledning av kapitalbrist är fokus främst på ”wrongful trading”. Att låta ”wrongful trading” ta något större utrymme än ”common law” i uppsatsen är ett medvetet val. Det är av större intresse att jämföra vår svenska lagstiftning med en lagstadgad reglering. Sannolikheten att den svenska lagstiftaren inspireras av den lagstadgade engelska rätten är troligen större än att lagstiftaren inspireras av de principer som återfinns i ”common law”.

1.4 Metod och teori

För att utreda svensk respektive engelsk reglering rörande styrelsens ansvar vid kritisk kapitalbrist och det agerande respektive lagstiftning kräver har de traditionella rättskällorna studerats. I svensk rätt ses till lagtext, förarbeten, doktrin och rättspraxis.²³ För att utreda engelsk rätt är lagtext, doktrin och rättspraxis i fokus. I engelsk rätt har rättspraxis fått stort utrymme då rättspraxis via ”common law” driver rätten framåt.²⁴ Även avsaknaden av förarbeten i engelsk lagstiftning har bidragit till att gällande rätt härletts ur rättspraxis till stor del. Gällande rätt utreds i syfte att möjliggöra en jämförelse mellan rättsordningarna samt vara utgångspunkt för analysen av reglernas borgenärsskyddande konsekvenser och rättsekonomiska effekter. En komparativ metod används för att fastställa de skillnader och likheter som finns mellan rättsordningarna och en rättsekonomisk analys används för att belysa reglernas rättsekonomiska effekter.

När lagstiftningens konsekvenser på borgenärsskyddet utreds har doktrin en stor roll. Doktrinen ställning som rättskälla kan ifrågasättas, dock har de argument som förts fram fått visa på doktrinen tillförlitlighet.²⁵ Då de argument som hämtas ur doktrinen återges med källhänvisningar i uppsatsen har läsaren möjlighet att granska tankegångarna som presenteras för att bedöma deras tillförlitlighet. Argumenten som hämtats ur doktrinen utgör grunden för den normativa analysen.

I uppsatsen används, när den svenska lagstiftningen beskrivs, de av Lindskog lånade uttrycken kritisk kapitalbrist och kapitalbrist. Kritisk kapitalbrist innebär att bolagets eget kapital är lägre än hälften av bolagets registrerade aktiekapital. Kapitalbrist innebär att bolagets eget kapital är lägre än aktiekapitalet.²⁶

²² De som, utöver styrelsen, kan åläggas medansvar är de som antingen företräder bolaget utåt när en rättshandling upprättas alternativt de som medverkar vid beslutet att rättshandlingen ska upprättas. För att åläggas ansvar måste en medvetenhet om styrelsens underlåtenhet att följa regleringen i 25:13-20 ABL finnas. Samuelsson, Karnov, kommentaren till aktiebolagslag (2005:551), not 167.

²³ Korling & Zamboni, Juridiks metodlära, s 21.

²⁴ Nationalencyklopedin, Common law.

²⁵ Korling & Zamboni, Juridiks metodlära, s 183.

²⁶ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 17.

Ordet reglering används i uppsatsen som ett samlingsbegrepp för den lag, såväl lagstiftning som andra källor, vilken finns i länderna. Att enbart använda begreppet lagstiftning skulle exkludera engelsk "common law" eftersom lagstiftaren inte beslutar om hur denna lag ska utformas. För att underlätta och förenkla för läsaren har även den svenska lagstiftningen hänvisats till som en reglering vid behov.

I uppsatsen används noten jfr för att visa att den källa som anförs framför något liknande alternativt att det som stadgas i arbetet framgår, mer eller mindre, av den anförda källan.²⁷ Jfr ska i denna uppsats således inte innebära att den källa som hänvisas till i noten innehåller avvikande åsikter.

1.4.1 Komparativ metod

Genom att använda en komparativ metod kan ett kritiskt förhållningssätt åläggas där syftet är att se brister och fördelar i den svenska lagstiftningen i jämförelse med den engelska regleringen.²⁸ Kunskap om hur ett problem har lösts på annat sätt än det nationella ger möjlighet att ifrågasätta och belysa vad som annars ses som en självklar konstruktion i den inhemska rätten. Det finns en tradition av att se till andra rättsordningar i sökandet efter ny, eller mer effektiv lagstiftning.²⁹ För att genomföra en komparativ studie måste det svenska regelsystemet jämföras med det engelska. Att enbart förklara den svenska lagstiftningen vid sidan av de engelska reglerna innebär inte att en komparativ metod används. En faktisk jämförelse mellan ländernas lagstiftning och "common law" är nödvändig.³⁰

Möjligheten att genomföra rättstransplantationer har ifrågasatts. Rätten hävdas vara en konstruktion av det samhälle där den formas. Att ta in en regel som är konstruerad i ett annat rättssystem leder utifrån detta synsätt inte till goda resultat. Emellertid bör detta argument inte anses av stor vikt eftersom det numera är vanligt att se till andra rättsordningar för inspiration till inhemsk lagstiftning.³¹ Kritiken leder dock till en medvetenhet om att tolkningen av rätten är subjektiv. Som svensk jurist sker tolkningen i en svensk kontext. Att under juristutbildningen ha skolats i svensk juridisk metod innebär att ett särskilt förhållningssätt till rätten har anlagts. Även om ett objektivt förhållningssätt eftersträvas vid studie av den engelska rätten bör uppmärksamhet fästas vid den svenska kontext som granskningen gjorts inom.

När en komparativ metod används behöver de olika rättsordningarnas terminologi hanteras.³² I följande studie kommer svenska språket användas i största möjliga utsträckning. Engelsk lagtext kommer att översättas, om möjligt, för att ge flyt i texten. När ett ord översätts återfinns, första gången översättningen sker, den ursprungliga, engelska, texten i fotnot. Om en översättning inte fyller sin funktion eller om rekvisiten förlorar sin karaktär kommer den ursprungliga terminologin

²⁷ Jensen, Att skriva juridik, s 81.

²⁸ Jfr Zweigert & Kötz, Introduction to Comparative Law, s 2 f.

²⁹ Korling & Zamboni, Juridiks metodlära, s 142.

³⁰ Jfr Korling & Zamboni, Juridiks metodlära, s 141.

³¹ Korling & Zamboni, Juridiks metodlära, s 157-160.

³² A a, s 143.

användas. Den engelska regleringen i section 214 IA kommer i hela uppsatsen att benämnas ”wrongful trading” för att på ett tydligt kunna särskilja den engelska regleringen från den svenska lagstiftningen.

För att möjliggöra en jämförelse måste regelns funktion vara i centrum, rättssystemets konstruktion kan inte vara avgörande för vad som ska studeras.³³ Frågan om styrelsens ansvar vid kritisk kapitalbrist och reglernas handlingsdirigerande effekt och funktion som borgenärsskyddet är studieobjektet i såväl svensk som engelsk rättsordning. Att lagstiftningen i svensk rätt återfinns inom bolagsrätten medan reglerna i engelsk rätt återfinns inom insolvensrätten och till viss del i rättspraxis är inte avgörande för studien.³⁴ Vad som betonas i en komparativ studie kommer emellertid alltid ha ett visst mått av skönsmässighet, då studieobjektet är resultat av ett mänskligt val.³⁵

1.4.2 Rättsekonomisk analys

Genom att använda ekonomisk analys öppnas möjligheten att analysera lagstiftningen utifrån ett ekonomiskt effektivitetsbegrepp. Trots svårigheter med att fastställa rättens effektivitet utan empiri finns möjlighet att genom rättsekonomin förutsäga en trolig utgång som kan mätas utifrån fastställda kriterier.

Utrymmet inom en traditionell juridisk metod att beakta ekonomiska faktorer vilka påverkar lagstiftningen är, i det närmaste, obefintligt. När en traditionell juridisk metod används granskas rättskällorna för att besvara de frågor som ställs. Detta innebär att enbart lagtext, rättspraxis, förarbeten och doktrin används och vid svårtolkade frågor styr, i förstahand, regelns ändamål tolkningen.³⁶ Rättsekonomin bidrar med ett samhällsekonomiskt perspektiv och strävar efter att skapa förståelse för vilka regler som gynnar samhället ekonomiskt. Rättsekonomin granskar juridikens roll i maximerandet av samhällets välbstånd.³⁷

Utgångspunkten i ekonomisk teori är att människan gör väl genomtänkta val i strävan efter största möjliga tillfredsställelse. Vad som leder till en ökad tillfredsställelse är i grunden frivilliga transaktioner. När en frivillig transaktion sker ökar lyckan för båda parter. Välbståndet i samhället bedöms utifrån hur tillfredsställda medborgarna är. Trots vikten av frivillighet, och en fri marknad, kan regler behövas för att underlätta transaktioner. När två parter ska genomföra en transaktion kan flertalet osäkerheter uppstå och dessa moment kan hindra parterna från att genomföra transaktionen. Genom att införa regler som motverkar osäkerheten ska rättsordningen bidra till att frivilliga transaktioner inte hindras. Lagstiftningen är en ram vilken möjliggör att transaktioner som skapar ett ökat välbstånd i samhället genomförs.³⁸ Ökningen av ekonomisk välfärd kan mätas utifrån att en åtgärd ökar välfärden för

³³ Korling & Zamboni, Juridiks metodlära, s 152-154.

³⁴ Section 214 IA och 25:13-20 ABL.

³⁵ Malmström, Festskrift tillägnad Håkan, s 381-385.

³⁶ Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem – En rättsekonomisk analys, s 15 f.

³⁷ Dahlman m fl, Rättsekonomi, s 9 f.

³⁸ A a, s 9-11.

åtminstone en individ, samtidigt som samma åtgärd inte minskar välfärden för någon annan. Alternativt kan välfärd mätas utifrån om den totala välfärden ökar.³⁹

Den företagsrättsliga regleringen är ett medel för att underlätta företagandet. Ett aktiebolag bidrar till att minimera de risker och osäkerheter som annars omgärdar handel mellan flera parter. Avtal kan bytas ut mot ett samarbete i företagsform. Det är emellertid av vikt att lagreglerna enbart förbjuder sådant som försvårar företagande, att göra denna avvägning är svårt.⁴⁰ Inom ett aktiebolag finns en intressekonflikt mellan bolagets aktieägare och dess borgenärer. Aktieägarnas begränsade personliga ansvar i aktiebolag leder till en högre risk för borgenärerna. Konflikten kan leda till att vissa av de fördelar som följer av att verksamheten drivs i formen av ett aktiebolag går förlorade.⁴¹

1.4.2.1 Transaktionskostnader

Transaktionskostnader är kostnader som kan hindra, eller försvåra, att en transaktion kommer genomförs. Kostnaderna delas in i kostnader för kontakt, kostnader för kontrakt och kostnader för kontroll. Transaktionskostnader hindrar annars lönsamma avtal från att genomföras och innebär att vissa avtal som genomförs inte är så gynnsamma som de hade varit om transaktionskostnader inte existerat. Genom lagstiftning försöker lagstiftaren motverka transaktionskostnader för att öka välbefindet i samhället.⁴²

1.4.2.2 Principal-agent problematik

Ett av grundproblemen inom aktiebolagsrätten utgörs av det informationsöverskott som finns mellan en uppdragsgivare och en uppdragstagare. Förhållandet mellan parterna brukar, i rättsekonomin, betecknas som ett principal-agent förhållande. Principalen är uppdragsgivare och agenten är uppdragstagare. Parten med informationsöverskott kan missbruka sitt övertag för att genomföra transaktioner eller utforma villkor på ett sätt som inte gynnar den andra parten. Utifrån den ekonomiska teorins antagande om människors nyttomaximerande strävan skulle den part med informationsöverskott utnyttja informationen om ett utnyttjande skulle leda till en ökad tillfredsställelse för denna part.⁴³

1.4.2.3 Informationsasymmetri

I ett aktiebolag uppkommer en situation av informationsasymmetri när en långivare ska ingå ett avtal med ett företag. Den information som borgenären har om bolaget

³⁹ Korling & Zamboni, Juridisk metodlära, s 176.

⁴⁰ Dahlman m fl, Rättsekonomi, s 185 f.

⁴¹ A a, s 196-198.

⁴² A a, s 83-92.

⁴³ Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 33.

är i regel inte lika omfattande som informationen bolagets ledning har. Ledningen har ett informationsövertag. På grund av informationsövertaget uppstår svårigheter för borgenären att bedöma företagets riskbenägenhet och möjligheter att i framtiden återbetala lånet. Problemet benämns ”adverse selection”.⁴⁴

När avtal ingåtts mellan långgivare och aktiebolag uppstår problem relaterade till borgenärernas möjligheter att kontrollera hur aktiebolaget styr sin verksamhet under tiden innan borgenärerna fått hela sin fordran betald. Problemet benämns ”moral hazard”.⁴⁵ Problem av denna karaktär är en följd av den bristande insyn som drabbar borgenärerna i kombination med ledningens förmåga att å aktieägarnas vägnar besluta fritt över bolagets verksamhet.⁴⁶

1.4.2.3.1 Överinvesteringsproblemet

Risken att ett aktiebolag ägnar sig åt riskfylld verksamhet ökar när bolagets förmögenhet främst består av lånade medel. Är aktieägarna medfinansierare till de projekt företaget genomför, i form av kvarlämnat eget kapital i bolaget, finns incitament att välja projekt med en lägre risk, även aktieägarnas egna tillgångar står då på spel. Avgörande för aktiebolagets benägenhet att ägna sig åt riskfylld verksamhet är vem som bär risken för ett projekt, aktieägarna eller borgenärerna.⁴⁷ Överinvesteringsproblemet är ett problem av ”moral hazard” karaktär, borgenärerna har svårt att kontrollera hur bolaget investerar efter att avtal har ingåtts.⁴⁸

Minimikapitalet, som krävs i aktiebolag, kan ses som ett försök att minimera risken till de överinvesteringar som sker i och med en ökad skuldsättningsgrad. Aktiekapitalet kan bidra till att bolagets eget kapital inte understiger den gräns då det är ekonomiskt motiverat för aktieägarna att öka sitt risktagande.⁴⁹

I tabell 1, tabell 2 och tabell 3 nedan förklaras överinvesteringsproblemet. Kostnaden för att investera i projekt A och projekt B är 500. Då siffrorna enbart ska utgöra exempel anges de inte i någon särskild enhet. Tabell 1 visar utfallet av investeringen på 500. Utfallet av projektet är beroende på om det blir högkonjunktur eller lågkonjunktur. Båda möjligheterna anses vara lika troliga. I projekt B varierar utfallet på investeringen mellan 800 och 0. I projekt A varierar utfallet enbart mellan 600 och 500. Projekt A har utifrån det förväntade kassaflödet en genomsnittlig vinst på 50 medan projekt B innebär en genomsnittlig förlust på -100.⁵⁰

⁴⁴ Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem – En rättsekonomisk analys, s 22 f.

⁴⁵ A a, s 23 f.

⁴⁶ A a, s 27 f.

⁴⁷ A a, s 164-166.

⁴⁸ Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 204.

⁴⁹ A a, s 204.

⁵⁰ A a, s 199.

Tabell 1. Visar kassaflöde för projekt A och B.

51

	Kassaflöde	
	Projekt A	Projekt B
Högkonjunktur	600	800
Lågkonjunktur	500	0
Förväntande kassaflöde	550	400
Investeringskostnad	500	500
Projektets värde	50	-100

I Tabell 2 och tabell 3 nedan visas hur aktieägarna och borgenärerna påverkas om investeringen på 500 genomförs med lånade medel. Om projekt A väljs kan aktieägarna förvänta sig ett genomsnittligt kassaflöde 50. I projekt B är det genomsnittliga kassaflödet för aktieägarna 150. För aktieägarna kan det anses motiverat att välja projekt B, aktieägarna har då en större chans att öka sina tillgångar. Möjligheten att betala lånet varierar i projekt B. Tabell 3 visar att i lågkonjunktur ger investeringen ingen återbäring. Lånet i Projekt B kan enbart betalas vid högkonjunktur. Tabell 2 visar att i projekt A kan lånet betalas tillbaka i såväl lågkonjunktur som högkonjunktur. Projekt B innebär en risk för att aktieägarna gynnas på borgenärernas bekostnad. Incitamentet för att välja projekt i likhet med projekt B ökar när bolaget är skuldsatt. Är bolaget skuldsatt riskerar borgenärerna inte sina egna medel utan enbart borgenärernas.⁵² Skulle investeringen i exemplet bestå av till hälften lånade medel och till hälften aktieägarnas egna medel borde chansen vara större att projekt A väljs. Om aktieägarna satser sina egna medel ökar deras intresse av att investeringen med större säkerhet garanterar återbetalning.

Tabell 2. Visar kassaflöde för projekt A.

53

		Kassaflöde	
		Långivare	Aktieägare
Högkonjunktur	600	500	100
Lågkonjunktur	500	500	0
Förväntat kassaflöde	550	500	50

Tabell 3. Visar kassaflöde för projekt B.

54

		Kassaflöde	
		Långivare	Aktieägare
Högkonjunktur	800	500	300
Lågkonjunktur	0	0	0
Förväntat kassaflöde	400	250	150

⁵¹ Tabell citerad från Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 199.

⁵² Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 199 f.

⁵³ Tabell citerad från Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 199.

⁵⁴ Tabell citerad från Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 200.

1.4.2.3.2 Underinvesteringsproblemet

I ett aktiebolag som har stora skulder i förhållande till bolagets eget kapital skapas incitament att undvika investeringar som skulle kunnat gynna borgenärerna då aktieägarna kan förlora på att genomföra investeringarna.⁵⁵

I tabell 4 och tabell 5 nedan visas ett exempel på underinvesteringsproblemet. Ett företag har lån på 500. Beroende på hur konjunkturen utvecklas kan företaget antingen ha ett kassaflöde på 800, vid högkonjunktur, alternativt ett kassaflöde på 0, vid lågkonjunktur. En investering kan genomföras som skulle innebära att företaget oavsett konjunktur får ett kassaflöde på 100. Investeringen skulle kosta 80 att genomföra för aktieägarna. Att genomföra ett projekt som genererar 20 i vinst skulle vara lönsamt att genomföra i ett företag som inte var skuldsatt.⁵⁶

Tabell 4 visar att aktieägarna utan det nya projektet skulle ha ett förväntat kassaflöde på 150 och tabell 5 visar att det förväntade kassaflödet vid ett nytt projekt är 200. Om investeringen genomförs kan en förväntat ökning i kassaflödet förutspås till 50. Då aktieägarna har investerat 80 för att genomföra projektet tjänar de inte på investeringen. Aktieägarna har investerat 30 mer än vad de kan förvänta sig att få i kassaflöde. Borgenärerna å andra sidan tjänar på att investeringen genomförs då de får ett ökat kassaflöde från 250 till 300.⁵⁷

Tabell 4. Visar utan nytt projekt.

58

	Kassaflöde	Långivare	Aktieägare
Högkonjunktur	800	500	300
Lågkonjunktur	0	0	0
Förväntat kassaflöde	400	250	150

Tabell 5. Visar med nytt projekt

59

	Kassaflöde	Långivare	Aktieägare
Högkonjunktur	900	500	400
Lågkonjunktur	100	100	0
Förväntat kassaflöde	500	300	200

1.4.2.4 Kritik mot rättsekonomisk teori

När rättsekonomin används som verktyg för att granska lagstiftningens effektivitet finns risk att andra viktiga faktorer som påverkat lagstiftningens utformning

⁵⁵ Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 200 f.

⁵⁶ A a, s 201 f.

⁵⁷ A a, s 201.

⁵⁸ Tabell citerad från Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 201.

⁵⁹ Tabell citerad från Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 202.

förbises.⁶⁰ Juridiska frågor är ofta komplexa och det är inte alltid som syftet med reglerna är att öka det ekonomiska välbefindandet. Även om målet ekonomiskt välbefindande kan ifrågasättas uppfyller den ekonomiska teorin emellertid den viktiga funktionen att se till vad som är mest effektivt ur ekonomisk synvinkel, en effekt som bör vara värd att beakta bland andra.⁶¹ Kritiken mot ekonomisk effektivitet som måttstock kan dock anses av mindre vikt just gällande aktiebolagsstiftningen. Syftet med kapitalsammanslutningar är att genom kapitalplaceringar maximera vinst och öka samhällets totala välbefindande. De vanligaste motargumenten mot ekonomisk teori brukar utgå från tankar om rättvisa, dessa argument är inte särskilt beaktansvärda i förhållande till aktiebolag.⁶² Då borgenärskollektivet är heterogent kan dock vissa borgenärer, såsom ofrivilliga borgenärer med skadeståndsanspråk, anses vara en svagare, skyddsvärd, part.⁶³ Frågan om vilka intressen som ska väga tyngst är komplicerad och kan vara värd att utredas. Inom ramen för denna uppsats kommer emellertid enbart rättsekonomin vara i fokus för analysen om lagstiftningens effektivitet. Andra perspektiv lämnas därhän.

De antaganden som den rättsekonomiska modellen utgår från kan ifrågasättas. Antagandet att människor agerar rationellt och alltid överlägger vilket av flera alternativ som maximerar deras nytta behöver inte alltid stämma. Emellertid kan antagandet anses stämma bättre i förhållande till företag, som är vana att göra ekonomiska överväganden, än i förhållande till privatpersoner.⁶⁴ Mindre företag kan möjligen avvika från detta antagande. Kanske är deras resurser för små för att de ska kunna genomföra dessa överväganden. Läsaren bör vara medveten om att de antaganden som den ekonomiska teorin bygger på kan ifrågasättas.

1.5 Litteraturgenomgång

För att utreda svensk lagstiftning är verk av Lindskog, Andersson och Oppenheimer m fl i fokus. Dessa verk är, enligt min uppfattning, de ledande doktriner som fokuserar på styrelsens medansvar vid kritisk kapitalbrist och den handlingsdirigerande effekt lagstiftningen leder till och det är av vikt att dessa beaktas i en utredning som denna. Sandströms mer allmänna verk på aktiebolagsrättens område används i syfte att utreda aktiebolagsrättsliga frågor med fokus på borgenärsskyddet. Bergströms och Samuelssons gemensamma framställningar får stort utrymme i den rättsekonomiska diskussionen då de inom detta område borde anses som framstående. Flertalet andra doktriner används för att besvara detaljfrågor och trots att dessa är av vikt för utredningens helhet kan inte alla nämnas här utan källhänvisningarna får studeras för närmare information.

Hanning och Kershaw är framträdande inom den engelska litteratur som används i utredningen. Båda dessa doktriner är samlingsverk men ger utförliga beskrivningar

⁶⁰ Dahlman m fl, Rättsekonomi, s 211-213.

⁶¹ Jfr Dahlman m fl, Rättsekonomi, s 215 f.

⁶² Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem- En rättsekonomisk analys, s 17.

⁶³ Se nedan avsnitt 2.7.3 Borgenärernas skyddsintresse.

⁶⁴ Dahlman m fl, Rättsekonomi, s 215-221.

gällande styrelsens ansvar vid kapitalbrist. Att finna engelsk litteratur som är framstående inom området har varit svårare än att finna svensk, framstående, litteratur. Det finns en generell avsaknad av böcker som enbart behandlar borgenärsskyddet inom engelsk litteratur så att se till samlingsverk är närmast en nödvändighet. Även Bachner som granskar effekterna av "wrongful tradings" ges stort utrymme i utredningen. Bachner spelar troligen en viktig roll inom området utifrån ett internationellt perspektiv.

I viss mån har äldre källor studerats. Detta beror dels på att lagstiftningen gällande tvångslikvidation har haft, i stort sätt, samma form sedan prop 2000/01:150 och i England sedan 1986, dels på att borgenärsskyddet bygger på principer som fanns även tidigare. I prop 2005/05:85 s 490 hänvisas till den äldre prop 2000/01:150 då de ändringar som företogs gällande tvångslikvidation år 2005 är marginella. Äldre material har granskats kritiskt för att garantera att uppdateringar i lagstiftningen inte gjort materialet obsolet.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med en genomgång av regleringen i Sverige för att övergå till en genomgång av regleringen i England. Regleringarna jämförs sedan för att identifiera likheter och skillnader mellan de olika rättsordningarna. Efter det förs en diskussion kring hur skillnaderna påverkar borgenärsskyddet. Svensk och engelsk rätt belyses därefter utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv för att avslutningsvis utmyнна i en slutsats om den svenska regleringen bör ändras och utformas som den engelska regleringen.

2 Svensk reglering

Lagstiftningen som återfinns i 25:13-20a ABL ålägger styrelsen en plikt att agera när det finns skäl att anta att aktiebolagets eget kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet, eller när ett misslyckat utmätningsförsök skett, i syfte att förhindra att bolagets tillgångar understiger dess skulder. Styrelsen ska då genast upprätta en kontrollbalansräkning. Uppvisar kontrollbalansräkningen en kritisk kapitalbrist ska styrelsen kalla till en bolagsstämma, den första kontrollstämman, för att öppna frågan om aktiebolagets framtid. På bolagsstämman får aktieägarna möjlighet att besluta om bolaget ska rekonstrueras för att ta sig ur situationen av underkapitalisering eller om ägarna istället vill avveckla bolaget. Väljer aktieägarna att rekonstruera bolaget har de åtta månader till sitt förfogande innan styrelsen ska kalla till en andra kontrollstämma och en andra kontrollbalansräkning ska upprättas. Uppgår inte bolagets eget kapital, efter rådrumsfristen, minst till samma summa som bolagets registrerade aktiekapital måste bolaget likvideras. För att undvika att styrelsen driver vidare ett bolag utan att uppmärksamma en kritisk kapitalbrist har lagstiftaren sanktionerat överträdelser mot lagstiftningen med ett personligt betalningsansvar för styrelsen.⁶⁵

2.1 Aktivitetsplikt

Tidpunkten då styrelsen måste agera inträder enligt 25:13 ABL när bolagets tillgångar med avdrag för bolagets skulder är lägre än hälften av det registrerade aktiekapitalet. Ett bolag vars tillgångar understiger dess skulder är att se som insufficient. Skyldigheten att agera i enlighet med 25:13 ABL och upprätta en kontrollbalansräkning inträder i realiteten innan en faktisk insufficiens inträffat eftersom aktivitetsplikten startar redan när hälften av aktiekapitalet saknar täckning av eget kapital.⁶⁶ Detta till trots bör bedömningen som utgår från bolagets eget kapital kunna benämnas insufficiensprövning då det är en prövning av förhållandet mellan bolagets tillgångar och skulder.⁶⁷

Insufficiens är inte detsamma som insolvens. Ett aktiebolag kan vara insufficient utan att ha likviditetskris och bolaget kan ha bristande betalningsförmåga utan att sakna eget kapital.⁶⁸ Dock samverkar insufficiens och insolvens ofta och insolvens kan även undantagsvis leda till att aktivitetsplikten triggas.⁶⁹ Om ett bolags insolvens innebär att ett misslyckat utmätningsförsök i enlighet med 4 kap UB sker ålägger lagstiftningen enligt 25:13 p 2 ABL styrelsen att följa reglerna om tvångslikvidation vid kapitalbrist. En misslyckad utmätning jämföras med att det finns skäl att anta att bolagets eget kapital inte täcker hälften av bolagets registrerade aktiekapital.⁷⁰

⁶⁵ Prop 2000/01:150 s 34 f och 25:13-20a ABL.

⁶⁶ Skog, Rodhes Aktiebolagsrätt, s 84.

⁶⁷ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 17.

⁶⁸ Jfr A a, s 17 f.

⁶⁹ Skog, Rodhes Aktiebolagsrätt, s 84 och 25:13 p 2 ABL.

⁷⁰ Prop 1990/91:198 s 16.

Emellertid är faktisk kapitalbrist hos bolaget inte en förutsättning för att ansvaret ska uppkomma utan en misslyckad utmätning är tillräcklig.⁷¹ Det spelar ingen roll om bolaget har tillgångar som visas i balansräkningen, kan tillgångarna inte utmätas måste en kontrollbalansräkning upprättas.⁷²

2.1.1 Skyldighet att genast upprätta en kontrollbalansräkning

Vid kritisk kapitalbrist ska en kontrollbalansräkning genast upprättas. Det finns ingen, av lagstiftaren, fastställd tidsgräns för vad som är att anse som genast i förhållande till upprättandet, utan bedömningen får ske från fall till fall. Den maximala tid som upprättandet kan tillåtas ta bör inte vara mer än en, eller ett par, månader från den tidpunkt styrelsen nåddes av insikten att bolaget var i en situation av kritisk kapitalbrist tills kontrollbalansräkningen presenteras.⁷³ Hur lång tid som anses skäligt för styrelsen att arbeta med kontrollbalansräkningen påverkas av aktiebolagets storlek. I mindre aktiebolag, såsom enmansbolag, är det tillräckligt med en kortare tid.⁷⁴ Driver bolaget en mer omfattande rörelse bör hela den maximalt tillåtna tiden på ett par månader kunna utnyttjas. Först efter den tid som, i det individuella fallet, anses skälig för att styrelsen ska hinna upprätta kontrollbalansräkningen kan styrelsen drabbas av medansvar.⁷⁵

Styrelsen behöver hålla styrelsemöte för att besluta om att upprätta en kontrollbalansräkning. Även den tid som går till att sammankalla detta styrelsemöte inräknas i bedömningen om styrelsen upprättat kontrollbalansräkningen genast eller inte. I realiteten börjar tidsfristen redan när en medlem i styrelsen fick skäl att anta att bolaget hade kritisk kapitalbrist. Även den tid som det tar för en ledamot som har skäl att anta kritisk kapitalbrist att kontakta styrelsens ordförande för att ordföranden ska kunna sammankalla styrelsemötet ingår i tidsfristen.⁷⁶ Agerar styrelsen långsammare än vad som kan anses motiverat riskerar de medansvar.⁷⁷

Kontrollbalansräkning anses upprättad när den undertecknats av minst hälften av styrelsens ledamöter. Undertecknande och upprättande kan troligen anses sammanfalla. Efter att styrelsen undertecknat kontrollbalansräkningen ska revisorn granska och underteckna kontrollbalansräkningen.⁷⁸

2.1.2 Skäl att anta kritisk kapitalbrist

För att plikten att upprätta en kontrollbalansräkning ska aktualiseras måste styrelsen ha skäl att anta att bolagets eget kapital har minskat till en nivå där det är mindre än

⁷¹ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 46.

⁷² Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 21.

⁷³ Prop 2000/01:150 s 49 f och 25:13 ABL.

⁷⁴ RH 1989:43.

⁷⁵ Prop 2000/01:150 s 49 f.

⁷⁶ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 52.

⁷⁷ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s 333.

⁷⁸ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 29.

halva aktiekapitalet i en beräkning enligt den modifierade kontrollbalansräkningen⁷⁹ som återfinns i 25:14 ABL. Lagstiftaren definierar inte uttryckligen vid vilken tidpunkt styrelsen har skäl att anta, utan tidpunkten bestäms utifrån en helhetsbedömning där styrelsens generella skyldigheter vägs in.⁸⁰ En styrelseledamot har således inte ett strikt kontrollansvar.

Styrelsens medlemmar ska hålla sig uppdaterade om förhållandena i aktiebolaget för att uppfylla sina skyldigheter och undvika medansvar vid, eventuell, kritisk kapitalbrist.⁸¹ Det är inte tillräckligt för styrelsen att enbart granska bolagets årsbokslut utan styrelsen måste kontinuerligt se till bolagets finanser.⁸² Enbart den kritiska kapitalbrist som tydligt framträder är en kapitalbrist som lagstiftningen kräver att styrelsen är medveten om. Talar inget i verksamheten för att aktiebolaget är underkapitaliserat kan ansvar inte åläggas styrelsen, styrelsen har då inte haft skäl att anta kritisk kapitalbrist.⁸³

Vad som bör få en styrelseledamot att misstänka kritisk kapitalbrist varierar beroende på det enskilda aktiebolaget och den situation bolaget befinner sig i. Har bolaget dålig konsolidering ökar kraven på styrelsen. Styrelsen måste då vara extra uppmärksam och följa bolagets utveckling noggrannare än vad som annars hade varit nödvändigt. Inträffar något som leder till stora förluster för aktiebolaget kommer skyldigheten för styrelsen att bevaka aktiekapitalets täckning att öka. Även en längre negativ trend i bolagets utveckling bör leda till striktare bevakning från styrelsen. Sker negativa förändringar på den marknad bolaget agerar kan även detta föranleda krav på styrelsen att studera bolagets finansiella utveckling noggrannare.⁸⁴

Styrelsen är ansvarig för att hålla sig upprättad gällande bolagets bokföring. Styrelsen kan inte skylla en underlåtenhet att agera i enlighet med 25:13 ABL på dålig rapportering från aktiebolaget. Inte heller att bolaget ligger efter i bokföringen är en ursäkt som fråntar styrelsen dess ansvar eftersom styrelsen ansvar för att anlita medarbetare som sköter sitt arbete.⁸⁵

Styrelsen ska vara organiserad på så sätt att dess ledamöter innehar rätt kompetens för den verksamhet som bolaget återfinns inom. Brist på kompetens är inte ett giltigt försvar för att ha missat en kritisk kapitalbrist om en styrelse med rätt kunskaper borde ha observerat kapitalbristen. Skärps styrelsens observationsplikt, av de förhållanden som nämnts ovan, kan även kravet på styrelsens kompetens höjas för att anpassas till den nya situationen.⁸⁶

Den kunskap som finns hos en styrelseledamot tillgodoses styrelsen som helhet. Med andra ord kan en subjektiv insikt om att det finns skäl att anta kritisk kapitalbrist leda till att styrelsen som organ är skyldiga att agera för att upprätta en

⁷⁹ Hur den modifierade kontrollbalansräkningen ser ut förklaras nedan avsnitt 2.2 Kontrollbalansräkning.

⁸⁰ Jfr Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 25-28.

⁸¹ Prop 2000/01:150 s 100.

⁸² Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 25.

⁸³ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 5 uppl, s 194.

⁸⁴ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 42.

⁸⁵ A a, s 41 f och NJA 2003 s 550.

⁸⁶ A a, s 43-45.

kontrollbalansräkning. Föreligger underlåtenhet att agera hos den ledamot som innehar vetenskapen presumeras underlåtenhet för hela styrelsen.⁸⁷

2.2 Kontrollbalansräkning

Beräkningen om aktiebolagets eget kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet ska inte utgå från bolagets ordinarie bokföring, utan reglerna i 25:14 ABL ska tillämpas. 25:14 ABL tillåter att vissa korrigeringar genomförs, även om utgångspunkten för kontrollbalansräkningen fortfarande är ÅRL och sedvanliga redovisningsregler. Anledningen till att korrigeringarna tillåts är att en balansräkning i enlighet med ÅRL kan leda till en försiktig bedömning av bolagets finansiella ställning och det finns risk att bolagets möjligheter till fortlevnad underskattas. Hade ÅRL varit basen för kontrollbalansräkningen kunde bolag som i realiteten inte är underfinansierade tvingas till tvångslikvidation.⁸⁸ Korrigeringarna som tillåts gör det möjligt att styrelsen, trots att den vanliga redovisningen visar på en kritisk kapitalbrist, inte åläggs att upprätta en kontrollbalansräkning. Detta kan ske under förutsättning att det är uppenbart att det finns övervärden i bolaget, vilka skulle synas i en korrigerad balansräkning, som gör att halva aktiekapitalet inte är förbrukat.⁸⁹

Det är inte reglerat i lag vilken värderingstidpunkt den första kontrollbalansräkningen ska spegla. En riktlinje är dock att kontrollbalansräkningen bör visa förhållandena på stämmodagen, så exakt som möjligt, om upprättade av kontrollbalansräkningen leder till att styrelsen kallar till stämma.⁹⁰ Denna strävan gäller enbart den kontrollbalansräkning som ska presenteras på bolagsstämman inför aktieägare. Kontrollbalansräkningen som utgör grund för styrelsens beslut att kalla till en första kontrollstämma får inte beakta potentiella ändringar i bolagets ekonomi som sker mellan tidpunkten för när styrelsen prövar om de ska kalla till stämma tills dess att första kontrollstämman hålls. Kontrollbalansräkningen ska vid styrelsens beslut spegla den dag beslutet fattas. Korrigeringar bör sedan ske i kontrollbalansräkningen inför en eventuell stämma för att ta hänsyn till vad som hänt mellan styrelsens beslut och bolagsstämman.⁹¹

Kontrollbalansräkningen ska granskas av revisor. Har bolaget en egen revisor bör denna genomföra granskningen, annars ska en utomstående revisor anlitas. Det förklaras inte närmare i lagtexten vad granskningen innebär men det borde vara en översiktlig bedömning av kontrollbalansräkningen.⁹² Det råder delade meningar om en revisor eller alla revisorer i bolaget ska granska kontrollbalansräkningen. Det fastställs inte heller hur lång tid en granskning får ta. Kravet på att genast upprätta kontrollbalansräkningen leder dock till slutsatsen att en skyndsam granskning bör ske och en tid på två veckor kan anses rimligt, med reservation för att speciella

⁸⁷ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 43-45.

⁸⁸ Prop 2000/01:150 s 37.

⁸⁹ A prop, s 91.

⁹⁰ A prop, s 94.

⁹¹ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 29-32.

⁹² Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 76-78.

omständigheter kan föranleda att längre tid behövs.⁹³ Är revisorn sen med sin granskning bör styrelsen ändå kalla till bolagsstämma för att uppfylla sina skyldigheter. Då kommer en eventuell rådrumsfrist börja i rätt tid.⁹⁴

Om en kontrollbalansräkning har upprättats men inte lämnats, av styrelsen, för granskning till revisorn är det att likställa med att ingen kontrollbalansräkning har gjorts.⁹⁵ Dock finns det ett undantag från kravet med revisorsgranskning av kontrollbalansräkningen för de mindre bolag som har valt att inte ha en revisor i enlighet med 9:1 ABL.⁹⁶

En balansräkning som genomförs innan styrelsen har haft skäl att anta att det registrerade aktiekapitalet inte täcks till hälften av bolagets eget kapital är inte att anse som en kontrollbalansräkning. Detta trots att det funnits misstankar om kapitalbrist. En kontrollbalansräkning kan upprättas först när styrelsen har skäl att anta att kapitalbrist föreligger. Visar resultatet av den tidigt upprättade balansräkningen att det finns skäl att anta kapitalbrist måste en kontrollbalansräkning upprättas. Tidsramarna i lagen kommer sedan utgå från denna senare kontrollbalansräkning.⁹⁷

2.2.1 Fortlevnadsprincipen

När bolagets tillgångar värderas inför upprättande av kontrollbalansräkningen ska det faktum att bolaget är i kris inte vägas in i bedömningen utan fortlevnadsprincipen ska tillämpas. Fortlevnadsprincipen innebär att värderingen av tillgångarna i ett bolag ska utgå från antagandet att bolaget ska fortsätta sin verksamhet. Alternativet, att värdera egendomen i bolaget till sitt försäljningsvärde, ger oftast ett lägre resultat och kan leda till att bolag, som har potential att överleva, likvideras. Dock bör fortlevnadsprincipen inte tillämpas om det inte finns en reell vilja eller ekonomisk möjlighet att driva bolaget vidare. Har aktieägarna fattat ett beslut om likvidation ska kontrollbalansräkningen utgå från värderingar av bolagets tillgångar som återspeglar detta beslut. Fortlevnadsprincipen tillämpas vid ordinarie bokföring via ÅRL och god redovisningssed och ska därför tillämpas vid kontrollbalansräkningen även om ingen hänvisning görs till fortlevnadsprincipen i 25:14 ABL.⁹⁸

2.2.2 Korrigeringar i förhållande till ÅRL

2:4 ÅRL upprättar en skyldighet för bolag att inte byta redovisningsprincip från ett år till ett annat. Tanken är att företagets olika räkenskapsår ska kunna jämföras. Då syftet med kontrollbalansräkningen inte är att möjliggöra en årlig jämförelse får företaget i kontrollbalansräkningen byta redovisningsprincip enligt 25:14 p 1 ABL så länge företaget använder en redovisningsprincip med stöd i ÅRL. Att välja en ny

⁹³ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 36.

⁹⁴ A a, s 36 f.

⁹⁵ NJA 2005 s 792.

⁹⁶ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 20.

⁹⁷ A a, s 26 f.

⁹⁸ Prop 2000/01:150 s 38, 93.

redovisningsprincip kan möjliggöra att tillgångar skrivs upp och övervärden synliggörs.⁹⁹ Även det motsatta gäller och om det vid kontrollbalansräkningens upprättande visas att tillgångarna värderats för högt eller att en skuld har tagits upp till ett för lågt värde behöver detta korrigeras om en korrigering skulle skett enligt ÅRL.¹⁰⁰

Det är enligt 25:14 p 1 ABL tillåtet att korrigera pensionsåtaganden om dessa har redovisats till högre belopp än vad som krävs enligt god redovisningssed i ordinarie bokföring. Pensionsåtagandet ska redovisas till de belopp som de bör enligt 7§ TrL.¹⁰¹

I kontrollbalansräkningen får bolagets tillgångar redovisas till nettoförsäljningsvärde, 25:14 p 2 ABL. Nettoförsäljningsvärde är det pris man får vid försäljning i löpande verksamhet, följaktligen försäljningsvärdet med avdrag för försäljningskostnader.¹⁰² Möjligheten att redovisa till nettoförsäljningsvärde i en kontrollbalansräkning gäller även om en sådan redovisning av tillgångar inte hade varit möjligt i enlighet med reglerna i ÅRL. Dock måste det redovisade ha ett värde som går att bevisa. Vad som är en tillgång ska tolkas brett för att öka bolagets möjligheter till fortlevnad.¹⁰³

Skulder som på grund av statligt stöd är förenade med en efterställningsklausul med anledning av konkurs behöver inte tas upp i kontrollbalansräkningen. Bolagets obeskattade reserver ska i kontrollbalansräkningen delas upp på eget kapital och uppskjuten skatteskuld.¹⁰⁴ Ofta har ett underfinansierat bolag möjlighet att kvitta en uppskjuten skatteskuld mot framtida förluster och hela den obeskattade reserven kan då tillfalla bolagets eget kapital.¹⁰⁵

De korrigeringar som görs i kontrollbalansräkningen, vilka avviker från bolagets ordinarie redovisning, ska noteras i kontrollbalansräkningen. Det finns inga riktlinjer i lagtexten för hur korrigeringarna ska redovisas, men praxis för hur kontrollbalansräkningarna ska utformas kan anses gälla.¹⁰⁶

2.3 Första kontrollstämma

Visar kontrollbalansräkningen att hälften av aktiekapitalet saknar täckning med eget kapital ska en första kontrollstämma hållas. Styrelsen ska enligt 25:15 ABL kalla till denna bolagsstämma snarast möjligt. Snarast möjligt ska tolkas som att styrelsen genast ska utfärda kallelse till bolagsstämma.¹⁰⁷ Kallelsefristen som kan utnyttjas är den som finns stadgad i antingen ABL eller bolagsordningen, dock får tiden inte överstiga sex veckor. Är nästa ordinarie bolagsstämma inom detta tidsintervall, med

⁹⁹ Prop 2000/01:150 s 38 f.

¹⁰⁰ Löfgren m fl, Personligt Ansvar, s 38.

¹⁰¹ Samuelsson, Karnov, kommentar till aktiebolagslag, not 1653.

¹⁰² Löfgren m fl, Personligt ansvar s 44.

¹⁰³ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 49 f.

¹⁰⁴ 25:14 ABL och prop 2000/01:150 s 93.

¹⁰⁵ Andersson, Kapitalskydd i aktiebolag, 6 uppl, s 260.

¹⁰⁶ Samuelsson, Karnov, kommentar till aktiebolagslag not 1657.

¹⁰⁷ Prop 2000/01:150 s 95.

en förskjutning på maximalt två veckor, kan styrelsen invänta den planerade stämman för att där presentera kontrollbalansräkningen utan att riskera betalningsansvar.¹⁰⁸

Syftet med kontrollstämman är att uppmärksamma aktieägarna på kapitalbristen och låta aktieägarna pröva frågan om bolaget ska likvideras eller inte. Kontrollbalansräkningens syfte som meddelande till aktieägare medför att kontrollbalansräkningen inte ska skickas in till bolagsverket och således inte offentliggörs.¹⁰⁹

Aktieägarna kan välja att försöka få bolaget på fötter innan den andra kontrollstämman alternativt besluta att likvidera bolaget genast. Om styrelsen har agerat i enlighet med tidsfristerna för upprättande av kontrollbalansräkningen och hållit en första kontrollstämma inom rätt tid kan styrelsen utan att riskera ansvar låta aktieägarna besluta om en rekonstruktion av bolaget. Det skapas en rådrumsfrist mellan den första och andra kontrollbalansräkningen där aktiegara ges utrymme att besluta hur de vill avhjälpa den kapitalbrist som uppstått.¹¹⁰ Medansvar för styrelse riskeras på nytt först vid underlåtenhet att kalla till en andra kontrollstämma.¹¹¹

För att åtgärda ett kapitalunderskott kan aktieägarna besluta att öka bolagets eget kapital. Om kapitalbristen ska läkas måste de medel som tillförs bolaget vara benefika, är ett tillskott att beakta som ett lån åtgärdas inte kapitalbristen. Ett lån påverkar såväl tillgångssidan som skuldsidan på balansräkningen och bolagets eget kapital är kvar på samma nivå. För att kapitalbristen ska åtgärdas krävs ett tillskott som enbart ökar tillgångssidan. Ett gåvolöfte kan vara tillräckligt under förutsättning att det är av rätt karaktär. Gåvolöftet får inte förenas med villkor om återbetalning och den som utfäst gåvolöftet måste vara betalningsduglig för att löftet ska öka bolagets eget kapital. Även ett aktieägartillskott kan öka tillgångarna. Vill aktieägarna ha återbetalning måste detta regleras genom ett åtagande i aktieägaravtal att återbetala tillskottet i form av vinstutdelning.¹¹² Tillskottet får bara villkoras gentemot aktieägarna och kan inte begränsa bolaget. Ställs villkoren upp gentemot bolaget är tillskottet att anse som en skuld.¹¹³ Självklart kan även andra aktörer än aktieägarna återställa bolagets eget kapital genom tillskott.¹¹⁴ Även en kapitaltäckningsgaranti kan återställa bolagets eget kapital om garantin är oåterkallelig och den som utfärdat garantin är betalningsduglig.¹¹⁵

Bolagets eget kapital kan ökas genom en nyemission till överkurs. Bolaget tillförs då tillgångar utan att bolagets skulder ökar och på så sätt ökar bolagets eget kapital.¹¹⁶ Även genom efterställningsklausul, ackord eller uppskrivning av bolagets anläggningstillgångar kan bolagets kapital öka tillräckligt för att hindra bolaget från tvångslikvidation.¹¹⁷ Ytterligare en åtgärd som kan vidtas för att komma ur en

¹⁰⁸ Samuelsson, Karnov, kommentaren till aktiebolagslag, not 1659.

¹⁰⁹ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s 333 f och 25:15 ABL.

¹¹⁰ A a, s 333 f.

¹¹¹ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 80-90.

¹¹² Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s 337 f.

¹¹³ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 66-69.

¹¹⁴ Löfgren m fl, Personligt ansvar s 52-54.

¹¹⁵ Oppenheimer m fl, Företag i ekonomisk kris, s 69 f.

¹¹⁶ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 5 uppl, s 197.

¹¹⁷ Löfgren m fl, Personligt ansvar s 51.

situation av kapitalbrist är att sänka bolagets aktiekapital. Sänks aktiekapitalet krävs en lägre summa eget kapital för att matcha det registrerade aktiekapitalet.¹¹⁸ Vill aktieägarna inte vidta specifika åtgärder för att förbättra bolagets eget kapital kan de hoppas att via goda affärer förbättra bolagets ekonomi till andra kontrollstämman.¹¹⁹

Kraven på hur stort eget kapital som krävs hos aktiebolaget varierar. För att undgå tvångslikvidation vid den andra kontrollstämman krävs att bolagets eget kapital har ökat så att det nu täcker hela det registrerade aktiekapitalet. Det krävs således en större täckningsgrad än den som krävdes för att undvika tvångslikvidation från början då det var tillräckligt att bolagets eget kapital täckte halva aktiekapitalet.¹²⁰

2.4 Andra kontrollstämma

Om aktieägarna under första kontrollstämman beslutar att inte likvidera bolaget utan väljer att försöka åtgärda kapitalbristen ska enligt 25:16 ABL en andra kontrollstämma hållas åtta månader från den första kontrollstämman. Fristen på åtta månader börjar löpa från och med första dagen på första kontrollstämman även om inga beslut fattas då. Är aktieägarna inte närvarande vid den första kontrollstämman gäller fristen från den dag som skulle varit stämmans första dag.¹²¹ Om bolaget kommer på obestånd under rådrumsfristen kan bolaget inte vänta med att agera tills dessa åtta månader har passerat utan styrelsen måste agera i enlighet med KonKL.¹²²

Inför andra kontrollstämman ska ytterlige en kontrollbalansräkning upprättas för att utgöra underlag för bedömningen om bolagets kapitalbrist kvarstår. Även denna balansräkning ska enligt 25:16 st 2 ABL göras med korrigeringarna som 25:14 ABL tillåter. Värderingstidpunkten för den andra kontrollbalansräkningen är enligt 25:17 st 1 p 2 ABL tiden för den andra bolagsstämman.¹²³

Vid andra kontrollstämman ska aktieägarna återigen pröva bolaget framtid. Om bolagets eget kapital inte matchar bolagets registrerade aktiekapital uppställer lagstiftningen enligt 25:17 ABL krav på att bolaget likvideras. Likvidationsplikten inträder även om en andra kontrollstämma inte genomförs. Plikten inträder då oberoende av vad en eventuell kontrollbalansräkning utvisar gällande bolagets förmögenhet. Enbart det faktum att en andra kontrollstämma inte skett är tillräckligt för att ålägga bolaget en plikt att likvideras. Inträder likvidationsplikten ska styrelsens, inom två veckor från andra kontrollstämman, ansöka om likvidation av aktiebolaget hos tingsrätten, under förutsättning att aktieägarna inte beslutat om likvidation på stämman. Även en ensam styrelseledamot kan enligt 25:17 st 2 ABL ansöka om likvidation om det skulle vara nödvändigt. Framkommer det under domstolens handläggning av likvidationsansökan att det finns en kontrollbalansräkning, uppställd enligt 25:14 ABL, som presenterad på en

¹¹⁸ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 5 uppl, s 197.

¹¹⁹ A st.

¹²⁰ 25:13-16 ABL.

¹²¹ Samuelsson, Karnov kommentaren till aktiebolagslag, not 1663.

¹²² Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 42.

¹²³ A a, s 43.

bolagsstämma och visar att eget kapital i bolaget uppgår till minst det registrerade aktiekapitalet ska enligt 25:17 st 3 ABL likvidationen avbrytas.

Beslutar stämman att likvidation ska ske är det stämman som beslutar vem som ska anmäla likvidationsbeslutet för registrering i enlighet med 25:8 ABL. Att en sådan anmälan uteblir föranleder inte medansvar för styrelsen. Beslutat stämman däremot att likvidation inte ska ske, trots att bolaget är i kapitalbrist, måste styrelsen ansöka om likvidation för att undgå personligt betalningsansvar.¹²⁴

Är det redan under rådumsfristen uppenbart att en andra kontrollbalansräkning inte kommer visa att kapitalet är återställt kan en ansökan om likvidation göras av styrelsen, efter rådumsfristen, utan att en andra kontrollstämma hållits. Under rådumsfristen får inte styrelsen ansöka om att försätta bolaget i likvidation.¹²⁵

Även den andra kontrollbalansräkningen ska granskas av revisor, om bolaget ska ha revisor, för att kontrollbalansräkningen ska anses giltig. Om den andra kontrollbalansräkningen uppdateras för att spegla förhållandena på stämmodagen bör revisorn granska och göra uttalande gällande dessa uppdateringar. Att enbart öka bolaget eget kapital till den nivå som krävs är inte tillräckligt för att undvika en tvångslikvidation även de formella handlingsreglerna måste följas.¹²⁶

2.5 Styrelsens medansvar

Följer styrelseledamöterna inte de handlingsregler som är stadgade i lag kan styrelseledamöterna enligt 25:18 st 1 ABL åläggas personligt betalningsansvar för de skulder som tillkommer bolaget under tiden styrelsen inte agerar i enlighet med de krav lagstiftningen ställer upp. Ansvar tillfaller styrelsen om de inte upprättar och låter en revisor granska en kontrollbalansräkning när det finns skäl att anta att en kritisk kapitalbrist enligt 25:13 ABL föreligger. Även underlåtenhet att kalla till en första kontrollstämma om kontrollbalansräkningen visar behov av kontrollstämma aktualiserar medansvar. För att undgå personligt betalningsansvar måste styrelsen ansöka om att bolaget ska likvideras om en andra kontrollstämma inte hålls i rätt tid eller om aktieägarna inte beslutat om likvidation på kontrollstämma trots att den andra kontrollbalansräkningen inte visar att kravet på täckning av aktiekapitalet är uppfyllt. För att möjliggöra för aktieägarna att fatta beslut om likvidation måste styrelsen kalla till en andra kontrollstämma.

Ansvar att likvidera bolaget uppkommer för styrelsen först efter en eventuell andra kontrollstämma. Innan denna tidpunkt är det aktieägarna som ska besluta om en likvidation genom stämmobeslut. Styrelsens ansvar är innan andra kontrollstämma att följa de handlingsregler som lagen ställer upp.¹²⁷

Styrelsens medansvar omfattar de skulder som har uppstått efter det att en underlåtenhet att följa lagens handlingsregler skett och ansvaret kvarstår tills underlåtenheten upphör. Medansvaret för dessa förpliktelser kan inte undkommas

¹²⁴ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 44.

¹²⁵ A st.

¹²⁶ A a, s 43.

¹²⁷ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s 334 f.

genom att styrelsen vidtar den händelse underlåten hänför sig till. Det ansvar som uppkommit kvarstår ändå. Det är enbart ansvar för nya förpliktelser som upphör när styrelsen vidtar rätt agerande. Syftet med medansvaret är att pressa styrelsen till att agera. Kan ett senare agerande avhjälpa medansvar uppstår inte incitament till att agera så fort en kritisk kapitalbrist uppstår.¹²⁸

Försumliga styrelseledamöter ansvarar enligt 25:18 st 1 ABL solidariskt för de förpliktelser som uppkommer vid en underlåtenhet att följa handlingsreglerna och den ledamot som har betalat en skuld har regressrätt mot övriga i styrelsen.¹²⁹ Styrelseledamots medansvar innebär även att styrelsen har en regressrätt mot bolaget. För att utkräva ansvar mot en styrelseledamot måste borgenären emellertid inte se till om bolaget är i konkurs eller visa på ett misslyckat utmätningsförsök mot bolaget. Styrelseledamoten kan krävas direkt om denne är medansvarig.¹³⁰

2.5.1 Answarets omfattning

Medansvaret omfattar enbart nya förpliktelser. Generellt kan en ny förpliktelse anses uppkommen när avtalet gällande förpliktelsen tecknas. Om det i ett avtal är möjligt att göra en avbeställning fram till och med leverans utan kostnad får förpliktelsen istället anses uppkommen vid leverans. Medansvar inträder för förpliktelsen om styrelsen inte utnyttjar möjligheten och avbeställer leveransen. Under en eventuell uppsägningstid kan medansvar inte drabba styrelsen utan det är enbart det som sker efter att en uppsägningstid förflutit som styrelsen kan bli medansvarig för. Finns möjlighet till uppsägning ska styrelsen ha utnyttjat denna för att undgå ansvar, annars får styrelsen ett ansvar för fordringar efter den tiden. En utgångspunkt i bedömningen av om en ny förpliktelse har uppkommit under en period av underlåtenhet är att se om bolagets borgenärer har exponerats för en ökad risk. Såväl betalningsförpliktelse som naturaförpliktelse kan omfattas av medansvar även om ansvaret för naturaförpliktelser begränsas till de skadeståndsförpliktelser som är följden av ett avtalsbrott.¹³¹

Avtal gällande köp av varor eller tjänster leder i regel till att en ny förpliktelse uppstår när avtalet ingås, om inte styrelsen har möjlighet att avbeställa varan kostnadsfritt. Leasingavgifter och avgifter för hyra anses oftast ha uppkommit vid avtalets ingående. Detta gäller under förutsättning att det ursprungliga avtalet innehåller uppgifter om den totala hyrestiden. Ansvar för hyresavtal kan emellertid uppstå efter att en eventuell uppsägningstid har passerat. Ränta och amortering på ett äldre lån kan inte anses som en ny förpliktelse. Om en kredit ändras och nya villkor tillkommer under perioden av underlåtenhet kan möjligen en ny förpliktelse anses ingången. Ansvar för skatt anses kopplat till den förpliktelse som är kopplad till beskattningen. Ett skadestånd bedöms utifrån den tidpunkt händelsen som skadeståndet grundas på skedde, ett skadestånd på grund av ett kontraktsbrott anses uppkommit när kontraktsbrottet skedde. Även om situationer ovan ger en generell

¹²⁸ Prop 2000/01:150 s 99, 44.

¹²⁹ NJA 2009 s 221.

¹³⁰ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s 335.

¹³¹ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 61 f.

bild av hur förpliktelser kan bedömas är det viktigt att vara medveten om att individuella förutsättningar kan leda till att en annan bedömning görs i det enskilda fallet.¹³²

Högsta Domstolen uttalar i mål nr Ö 2280/11 att det inte går att fastställa en fast entydig regel för när en fordran har uppkommit. När fordran har uppkommit måste tolkas utifrån syftet med medansvarsregleringen. Syftet med medansvaret är att skydda borgenärerna. Möjligheten för bolagsborgenärerna att göra sina fordringar gällande direkt hos styrelsen kan ses som ett påtryckningsmedel för att medansvarsregleringen ska följas. Syftet med medansvaret är inte att ålägga styrelsen ett generellt ansvar, då skulle alla förpliktelser omfattas av ansvaret. Möjligheten för styrelsen att faktiskt kunna påverka ett bolag under en period av underlåtenhet är i fokus för om medansvar uppstår eller inte. Borgenärerna ska skyddas mot förpliktelser som leder till ökad risk. Risken för att en hyresgäst inte kommer att betala hyresförpliktelserna beaktas redan när hyresavtalet ingås därför kan ansvar uppkomma först sedan en uppsägningsperiod inträtt.¹³³

Styrelsens medansvar upphör enligt 25:20 ABL när en ansökan om likvidation har gjorts till rätten. Alternativt när styrelsen vidtar de krav som de underlåtit att genomföra och upprättar en kontrollbalansräkning som de lägger fram på en kontrollstämma. Det måste inte vara en styrelseledamot som har gjort en ansökan om likvidation för att styrelsen medansvar ska upphöra utan det är tillräckligt att någon som är behörig har gjort ansökan.¹³⁴

2.5.2 Möjlighet för ledamot att undgå ansvar

Den lagtekniska konstruktionen av medansvaret vid kritisk kapitalbrist innebär att styrelsen som kollegialt organ är medansvariga. Medansvaret är inte en individuellt bestämd skyldighet utan individuella förhållanden får istället en, eventuell, ansvarsbefriande verkan. En ledamot av styrelsen som kan visa, efter att ett generellt medansvar har ålagt styrelsen, att ledamoten inte agerat försumligt kan enligt 25:18 st 3 ABL undgå medansvar.¹³⁵ Käranden i en talan gällande medansvar ansvarar för att visa att styrelsen inte följt handlingsmönstret i 25:13-20a ABL. När käranden har visat på en underlåtelse att agera i enlighet med lag har styrelsens ledamöter möjlighet att försvara sig genom att visa att de inte agerat försumligt.¹³⁶

För att avgöra om en styrelseledamot agerat försumligt ska ledamoten utförande av rollen som styrelseledamot granskas. Det ska ifrågasättas om ledamoten har agerat som en medlem av styrelsen borde ha agerat. Styrelsen har alltid det yttersta ansvaret för bolagets förvaltning, även om en uppgift har delegerats till någon annan, såsom en verkställande direktör.¹³⁷ En ledamot i styrelsen kan inte skylla på att ledamoten inte

¹³² Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 62-65.

¹³³ HD Ö 2280/11, 8 juli 2013.

¹³⁴ Samuelsson, Karnov, kommentaren till aktiebolagslag, not 1681.

¹³⁵ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 28 f.

¹³⁶ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s 336.

¹³⁷ Löfgren m fl, Personligt ansvar, s 31 f.

haft tillräcklig information om bolagets finansiella situation då ledamoten har en skyldighet att hålla sig uppdaterad kring vad som sker i bolaget.¹³⁸ Styrelsen ska upprätta ett rapportsystem som gör att styrelsen har möjlighet att, trots att de inte deltar i den löpande förvaltningen, ha vetskap om bolagets situation. Rapporteringen innebär att styrelsen ska ha kunskap om de ekonomiska förhållandena i bolaget.¹³⁹ En styrelseledamot ska ha tillräcklig kunskap för att kunna avgöra om bolagets ekonomiska ställning förändrats till den grad att tvångslikvidation krävs. Alla i styrelsen ska veta om vad som sker, arbetsfördelningen inom styrelsen påverkar inte.¹⁴⁰

De kraven som ställs på en ledamot för att ska anses agerat utan försumlighet är höga. Ansvarsfrihet kan uppstå om styrelsemedlem fått missvisande information eller haft laga förfall, såsom sjukdom.¹⁴¹ Har en styrelseledamot som röstat för att följa lagens handlingsregler nerröstats av övriga medlemmar kan denne ledamot anses agerat på ett icke försumligt sätt. Ledamoten får dock inte senare vidta en rättshandling som leder till fortsatt drift av företaget, då kommer även denna ledamot att drabbas av ansvar.¹⁴²

2.5.3 Faktisk kapitalbrist

För att medansvar ska åläggas styrelsen på grund av att styrelsen har underlåtit att upprätta första kontrollbalansräkningen måste enligt 25:18 st 4 ABL även en faktisk kritisk kapitalbrist ha förelegat i det ögonblicket styrelsen hade skäl att anta kritisk kapitalbrist.¹⁴³ Det kan anses självklart att en faktisk brist bör föreligga för att medansvar ska kunna göras gällande, har aktiebolaget inte en faktisk kritisk kapitalbrist så fanns ingen skyldighet att vidta de åtgärder som lagen föreskriver vid kapitalbrist.¹⁴⁴ Kravet på en faktisk kapitalbrist för att medansvar ska kunna aktualiseras gäller emellertid inte i förhållande till kravet att upprätta en kontrollbalansräkning vid en misslyckad utmätning. Kravet uppställs inte heller i relation till underlåtenhet att kalla till en första eller andra kontrollstämma.¹⁴⁵

Det är den faktiska kapitalbristen en kärande ska påvisa i domstol om de vill utkräva ansvar av styrelsen, om talan grundar sig på 25:13 p 1 ABL. Bevisbördan för att påvisa den faktiska kapitalbristen kan dock anses något lägre än vad som är brukligt i tvistemål.¹⁴⁶ För att visa att styrelsen har brutit mot regleringens handlingsdirigerande effekt behöver käranden visa på en faktisk kapitalbrist för att det sedan ska

¹³⁸ Prop 2000/01:150 s 99 f.

¹³⁹ Löfgren m fl, Personligt ansvar, s 31 f.

¹⁴⁰ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, s 267.

¹⁴¹ Löfgren m fl, Personligt ansvar, s 64.

¹⁴² Prop 2000/01:150 s 44.

¹⁴³ NJA 1988 s 620. Rättsfallet visar att kapitalbrist måste förelagt när man ska utkräva ansvar på grund av att styrelsen inte agerat då det funnit skäl att anta att kapitalbrist föreligger. Samma skyldighet återfinns nu i lagstiftningen i 25:18 st 4 ABL.

¹⁴⁴ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 47.

¹⁴⁵ Prop 2000/01:150 s 100.

¹⁴⁶ A prop, s 100 f.

presumeras att styrelsen har haft skäl att anta att kritisk kapitalbrist har förelegat.¹⁴⁷ Det kan vara problematiskt för utomstående att påvisa hur bolagets interna ekonomiska förhållanden har sett ut och därför åläggs gäldenären en skyldighet att inte undanhålla bevismaterial.¹⁴⁸ De objektiva grunderna ska påvisas av kärande, medan den subjektiva bördan, försumligheten, enligt NJA 2009 s 210 och 25:18 st 3 ABL ska bevisas av den som vill undkomma ansvar.

Genom en kapitaltäckningsgaranti kan ett aktiebolag undvika att faktisk kapitalbrist uppkommer i ett bolag. Tecknandet av en kapitaltäckningsgaranti verkar förebyggande för att undvika att medansvaret aktualiseras. För att garantin ska leda till ansvarsfrihet för styrelsen måste garantigivaren måste vara solvent till så hög grad att solvensen är större än underskottet hos bolaget som är insufficient. Vid en kapitaltäckningsgaranti riskerar styrelsen att agera oansvarigt då de vet att bolagets skulder har täckning och de motiveras inte av risken att bli personligt ansvariga.¹⁴⁹

2.5.4 Läkning av kapitalbrist

Om en kritisk kapitalbrist åtgärdas mellan tidpunkten när styrelsen har skäl att anta kritisk kapitalbrist och tidpunkten då första kontrollbalansräkningen senast ska vara upprättad uppkommer inget medansvar. Inom detta tidsintervall kan ansvar avhjälpas genom att läka kapitalbristen i bolaget.¹⁵⁰ Efter att den första kontrollbalansräkningen skulle vara upprättad är det inte längre möjligt att undkomma ansvar genom att återställa aktiebolagets eget kapital, då måste även handlingsreglerna i lagstiftningen följas.¹⁵¹ I Prop 2000/01:150 visas att intention är att låta kontrollbalansräkningen utgöra den yttersta gränsen för när det är möjligt att åtgärda ett kapitalbrist problem genom att enbart läka kapitalbristen.¹⁵²

Bevisbördan för om aktiebolagets kapital återställs under den tid ansvar kan upphöra genom att kapitalet läks åligger styrelsen.¹⁵³ För att styrelsen ska kunna anföra bevis om en läkt kapitalbrist bör styrelsen dokumentera vad som sker efter att styrelsen har haft skäl att anta kritisk kapitalbrist. Trots att kapitalet har återställts kan det vara av vikt att färdigställa den påbörjade, alternativt påtänkta, balansräkningen för att med denna kunna visa att en kritisk kapitalbrist inte längre är aktuell.¹⁵⁴

¹⁴⁷ NJA 2009 s 210.

¹⁴⁸ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 66.

¹⁴⁹ Bergström, Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 227 f.

¹⁵⁰ Prop. 2000/01:150 s 49, 100 och NJA 1988 s 620.

¹⁵¹ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s 339 f.

¹⁵² Prop 2000/01:150 s 49.

¹⁵³ A prop, s 100.

¹⁵⁴ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 33 och prop 2000/01:150 s 50.

2.6 Att föra talan

Den bolagsborgenär som inte får betalt för en fordran som uppkommit under en period av kritisk kapitalbrist, kan om styrelsen inte agerar i enlighet med lag, föra talan i domstol om att styrelsen ska åläggas medansvar för fordran.¹⁵⁵

En konkursförvaltare ska enligt 7:5 KonkL i sin förvaltarberättelse informera vid vilken tidpunkt styrelsens skyldighet att upprätta en kontrollbalansräkning inträtt om det är möjligt att fastställa. En fastställd tidpunkt i förvaltningsberättelsen ska underlätta för de borgenärer som möjligen kan kräva styrelsen på betalning istället för bolaget. Konkursförvaltaren har dock ingen skyldighet att fastställa vilka fordringar som kan omfattas av ett eventuellt medansvar.¹⁵⁶ Endast om konkursförvaltaren får fullmakt av borgenärerna kan konkursförvaltaren föra talan mot styrelsen.¹⁵⁷

2.7 Intressen bakom lagstiftningen

Regleringen om tvångslikvidation vid kapitalbrist är ett medel för att balansera aktieägarnas frihet från personligt betalningsansvar enligt 1:3 ABL med borgenärernas intresse av att få sina fordringar betalda. Genom att upprätta regler som garanterar att aktiebolaget har tillräckliga tillgångar för att täcka bolagets förpliktelser ska borgenärerna skyddas. Syftet med regleringen är att tvinga underkapitaliserade bolag till likvidation under ordnade former medan medel fortfarande finns kvar för att betala bolagets fordringar.¹⁵⁸ Reglerna om tvångslikvidation vid kapitalbrist utgör en del av skyddet av bolagets bundna kapital och syftar till att hindra att kapitalet försvinner från ett bolag genom att verksamheten drivs med förlust.¹⁵⁹

Reglerna i 25:13-20a ABL har ett handlingsdirigerande syfte. De ska verka för att en kapitalbrist åtgärdas, alternativt att bolaget likvideras i tid. Hotet om medansvar vid underlåtenhet fungerar som incitament för att de steg som lagstiftningen ställer upp följs. Medansvaret kan även ha en reparativ funktion då borgenären kompenseras för de skador som ett felaktigt agerande lett till.¹⁶⁰

Borgenärsskydd kan anses påverka aktiebolagets förmåga att locka till sig borgenärer positivt. Hos ett bolag med ett väl fungerande kapitalskydd underlättas kapitalanskaffningen. Det finns ett samband mellan investeringar i företag och det borgenärsskydd företaget erbjuder. Utan ett lagstadgat borgenärsskydd vid kapitalbrist skulle möjligen kostanden för bolagets krediter öka, då borgenärernas skydd minskar.¹⁶¹ Aktiebolagen kan emellertid redan idag anses betala för de kreditupplysningar och skyddsåtgärder som vidtas av borgenärskollektivet i form av höjda kreditkostnader. Då företaget måste följa reglerna i ABL samtidigt som de ska

¹⁵⁵ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 82 f.

¹⁵⁶ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 80.

¹⁵⁷ Löfgren m fl, Personligt ansvar, s 68.

¹⁵⁸ Prop 2000/01:150 s 34 f.

¹⁵⁹ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 16.

¹⁶⁰ A a, s 17-26.

¹⁶¹ Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 194 f.

följa borgenärernas krav kan det ifrågasättas om bolagen betalar dubbelt för det borgenärsskydd som de har.¹⁶²

Styrelsens medansvar vid kritisk kapitalbrist kan anses motverka de incitament som uppkommer till följd av aktieägarnas begränsade betalningsansvar och den ökande benägenheter att vidta högriskinvesteringar ökar när ett bolag närmar sig insolvens.¹⁶³

2.7.1 Avvecklingsintresset, rådrumsintresset och varningsintresset

Handlingsmönstret som skapas då styrelsen åläggs att agera i enlighet med 25:13-20a ABL kan antas verka för att skydda flertalet intressen. Det finns ett intresse att skydda bolagets befintliga borgenärer. Dessa gynnas av att bolaget avvecklas medan det fortfarande finns medel kvar att betala borgenärernas fordran. Reglerna har även som syfte att ge aktieägare tillräckligt rådrum att, om möjligt, rekonstruera bolaget. I vissa fall kan även aktieägare ha ett intresse av snabb avveckling, de kan då behålla en större andel av sina medel som annars hade gått förlorade i fortsatt drift. Nya borgenärer har ett intresse av att bli upplysta om bolagets finansiella situation.¹⁶⁴ Dessa intressen kan anses vara tillgodosedda i lagstiftningen till varierande grad.

Skyddsintresset för nya borgenärer kan anses få visst utrymme i lagtexten då det är dessa borgenärer som har möjlighet att få sina fordringar betalda om styrelsen bryter mot reglerna i 25:13-20a ABL. Nya borgenärer kan dock inte anses varnade genom lagstiftningen utan enbart om reglerna fyller sin handlingsdirigerande funktion och en tvångslikvidation vidtas skyddas nya borgenärer. Lagstiftningens konstruktion visar att syftet med medansvaret i första hand inte är att kompensera borgenärerna utan att framtvinga ett agerande i enlighet med lagstiftarens vilja. Skyddet för nya borgenärer kan därför inte anses vara särskilt starkt. Möjligen kan risken för medansvar leda till en ökad försiktighet från styrelsens sida när de ingår avtal under tiden bolaget har kapitalbrist, vilket i förlängningen kan leda till att nya borgenärer skyddas. Då medansvaret ofta är en följd av att styrelsen inte uppmärksammat kapitalbristen är det emellertid tveksamt om styrelsen agerar försiktigare vid kapitalbrist.¹⁶⁵

Inte heller intresset av en snabb avveckling till förmån för äldre borgenärer tillgodoses inte via lagstiftningen. Rådrumsfristen är lång och likaså möjligheterna att under denna driva bolaget vidare. Aktivitetsplikten startar vid en tidpunkt vilken kan anses sen i förhållande till när en konstruktiv rekonstruktion borde ha skett.¹⁶⁶ Lagstiftningen kan anses tillgodose aktieägarnas intresse av att ha utrymme att rekonstruera bolaget på bekostnad av borgenärernas intressen. Såväl nya som äldre borgenärer får sina intressen åsidosatta.¹⁶⁷

¹⁶² Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, uppl 5, s 23 f.

¹⁶³ Kershaw, Company Law in Context s 721 f.

¹⁶⁴ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 20 f.

¹⁶⁵ A st.

¹⁶⁶ A a, s 21.

¹⁶⁷ A a, s 25.

2.7.2 Borgenärsskyddets koppling till aktiekapitalet

Borgenärsskyddet i svenska aktiebolag är utformat som ett kapitalskydd där syftet är att aktiekapitalet ska behållas i bolaget.¹⁶⁸ Via kapitalskyddet ska borgenärerna garanteras att det finns behållning kvar i bolaget i form av reella tillgångar tillräckliga för att betala borgenärernas fordringar. Kopplingen mellan aktiekapitalet och reglerna om styrelsens medansvar vid kritisk kapitalbrist framträder då aktivitetsplikten ålägger styrelsen att agera när hälften av aktiekapitalet saknar täckning med eget kapital.¹⁶⁹

2.7.3 Borgenärernas skyddsintresse

För att kunna utreda lagstiftningens borgenärsskyddande funktion är det av vikt att se till borgenärernas möjligheter att själva skydda sina intressen. Hur borgenärerna väljer att skydda sina intressen kan påverka om regleringen lagstiftaren utformat innebär ett reellt och nödvändigt skydd för borgenärerna eller inte.¹⁷⁰

De borgenärer som har möjlighet att ingå avtal med bolaget är frivilliga borgenärer medan de borgenärer vars fordran uppkommit på annat sätt är ofrivilliga borgenärer. Frivilliga borgenärer och ofrivilliga borgenärer har olika utgångsläge för att ta tillvara sina intressen. Det går även att skilja de borgenärer som har möjlighet att anpassa sina kreditvillkor från de borgenärer som inte har samma möjlighet. Att anpassa kreditvillkor så att risken speglas i avtal eller ränta är förenat med transaktionskostnader i form av kostnader för information och förhandlingar. De borgenärer som kan anpassa sina villkor faller alltid inom gruppen frivilliga borgenärer.¹⁷¹ Emellertid har inte alla frivilliga borgenärer denna möjlighet utan borgenärens ställning gentemot bolag samt borgenärens ekonomiska situation spelar in om möjligheten att förhandla existerar eller inte.¹⁷²

Banker och kreditinstitut kan ofta skydda sina intressen. De är starka aktörer som kan kräva högkvalitativa säkerheter för sina fordringar och det är inte ovanligt att de skyddar sig genom kreditupplysningar. Bankerna har möjlighet att anpassa sina villkor i relation till den gäldenär de förhandlar med.¹⁷³ Bolagets leverantörers möjlighet att ställa krav varierar beroende på leverantörens ställning. Leverantörerna kan ofta skydda sina intressen genom att införa återtagandeförbehåll i sina avtal och genom att reglera kredittider. Även leverantören har ofta möjlighet att kräva information om gäldenären. Förutom leverantörens ställning kan även branschpraxis inverka på en leverantörs möjlighet och vilja att ställa egna villkor.¹⁷⁴

Ett bolags anställda är att anse som frivilliga borgenärer, men eftersom de skyddas genom den särskilda lönegarantin staten ställer upp är de inte beroende av

¹⁶⁸ Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 203.

¹⁶⁹ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, s 11-13.

¹⁷⁰ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 5 uppl, s 21 f.

¹⁷¹ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, s 54.

¹⁷² Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 5 uppl, s 21.

¹⁷³ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, s 55.

¹⁷⁴ A a, s 56.

borgenärsskyddsreglerna. Inte heller konsumenten, som kan anses vara en frivillig borgenär, skyddas av borgenärsskyddslagstiftningen utan deras intressen tillgodoses via konsumentlagstiftningen.¹⁷⁵

Till bolagets ofrivilliga borgenärer hänförs staten, landstinget, kommunen och de som innehar utomobligatoriska skadeståndsfördringar riktade mot bolaget. Skyddsvärdet för ofrivilliga borgenärer anses variera beroende på vems intresse som ska beaktas. Staten anses, i egenskap av lagstiftare, ha tillräcklig makt för att skydda sina egna intressen på annat sätt än genom kapitalskyddsreglerna. Även landsting och kommuner anses ha en viss påverkan på lagstiftningen genom lobbyverksamhet och behöver inte skyddas genom kapitalskyddsreglerna. De borgenärer som har utomobligatoriska skadeståndsfördringar kan anses vara den mest skyddsvärda gruppen men det kan hävdas att skadestånden bör motverkas genom försäkringar.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, 56.

¹⁷⁶ A a, s 58.

3 Engelsk reglering

Engelsk rätt ålägger styrelsen att beakta borgenärernas intresse när ett aktiebolag inte längre har en rimlig möjlighet att undvika insolvens och likvidation. Reglerna som påverkar styrelsens agerande vid kapitalbrist återfinns såväl lagstadgade i section 214 IA, "wrongful trading", som i principer utvecklade via "common law".¹⁷⁷ Dessa regelsystem samverkar för att tillsammans utgöra ramverket för hur styrelsen bör agera med anledning av en förestående insolvens.

När ett bolag är solvent ska styrelseledamöterna enligt section 172(1) CA genom sitt arbete verka för att bolagets framgång till förmån för aktieägarna.¹⁷⁸ Skyldigheten att sätta aktieägarnas intresse främst ska enligt section 172(3) CA bortses från när en utomstående regel som ålägger styrelsens ledamöter att agera i borgenärernas intresse aktualiseras.¹⁷⁹ Såväl "wrongful trading" som reglerna i "common law" är sådana utomstående borgenärsskyddande regler som aktualiserar styrelsens ansvar att se till borgenärernas intresse istället för aktieägarnas.¹⁸⁰

Det är osäkert om section 172(3) CA ålägger styrelsen att enbart beakta borgenärernas intresse när en borgenärsskyddande regel är applicerbar eller om även de övriga intressen i section 172(1)(a)-(f) CA som ska beaktas vid sidan av aktieägarnas intresse i ett solvent bolag fortfarande ska beaktas. I ett solvent bolag ska styrelsen se till långsiktiga konsekvenser av sina beslut, beakta intressen hos anställda, se till relationen mellan bolaget, dess leverantörer och kunder, beakta bolagets miljöpåverkan och påverkan på samhälle, sträva efter att behålla ett gott rykte och hög standard i relation till hur de uppträder vid affärer och agera rättvist i förhållande till bolagets aktieägare. Troligen bör styrelsen beakta även dessa intressen när en borgenärsskyddande regler är tillämplig.¹⁸¹

3.1 "Wrongful trading"

I section 214 IA återfinns regler om hur en styrelseledamot bör agera för att undgå ansvar när ett aktiebolag inte har en rimlig möjlighet att undvika insolvens och likvidation.¹⁸² Stadgandet ger domstolen möjlighet att i enlighet med section 214(1) IA besluta att en styrelseledamot, eller före detta styrelseledamot, ska betala tillbaka den summa till aktiebolaget som domstolen finner lämplig om ledamoten inte agerat i enlighet med regleringen.¹⁸³ Lagstiftningen uttrycker i section 214(6) IA att om ansvar ska åläggas styrelsen måste aktiebolaget ha likviderats på grund av insolvensen. Bolagets tillgångar ska ha varit otillräckliga för att täcka betalning av

¹⁷⁷ Se Kershaw, *Company Law in Context*, s 721 f.

¹⁷⁸ "A director must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members [...]". Section 172(1) CA.

¹⁷⁹ "The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company". Section 172(3) CA.

¹⁸⁰ Kershaw, *Company Law in Context*, s 722 f.

¹⁸¹ A a, s 724.

¹⁸² A a, s 729.

¹⁸³ "[...]make such contribution (if any) to the company's assets the court thinks proper". Section 214(1) IA.

bolagets skulder, andra skyldigheter och kostnader i relation till bolagets avveckling.¹⁸⁴ Likvidationen ska antingen beslutas av aktieägarna eller beslutas i domstol och likvidator eller konkursförvaltare ska tilldelats uppgiften att avveckla aktiebolaget.¹⁸⁵ Enligt section 214(2)(b) IA måste styrelsemedlemmarna innan bolaget likvideras ha antingen insett eller borde ha insett att bolaget inte hade en rimlig möjlighet att undvika insolvens och likvidation.¹⁸⁶ Den medlem av styrelsen som, efter att denne nåtts av insikten att bolaget kommer bli insolvent och likvideras, agerat utifrån syftet att minimera borgenärernas potentiella förluster ska enligt section 214(3) IA inte åläggas betalningsansvar i enligt med ”wrongful trading”.¹⁸⁷

3.1.1 Aktivitetsplikt

Tidpunkten då styrelsen måste agera, om de vill undvika ansvar enligt ”wrongful trading”, inträder då styrelsen insett eller borde ha insett att det inte finns rimlig möjlighet för bolaget att undvika likvidation på grund av insolvens. I section 214(6) IA definieras insolvens som att bolagets tillgångar är otillräckliga för att betala bolagets skulder, andra skyldigheter och kostnader i relation till bolagets avveckling. Trots att lagstiftaren nämner en bedömning som utgår från en jämförelse av tillgångar och skulder, vad som i svensk rätt hade kallats en insufficiensbedömning, bör fokus gällande ”wrongful trading”-bedömningen vara på det av lagstiftaren valda ordet betalning. Lagstiftaren ifrågasätter i section 214(6) IA om betalning av bolagets skulder när de förfaller är möjligt. Domstolarna har i sin bedömning i relation till ”wrongful trading” fokuserat på oförmåga att betala skulder när de förfaller till betalning. Att ha möjlighet att betala alla skulder som finns i balansräkningen är inget krav och insufficiens utifrån balansräkningen har inte enbart varit tillräckligt för att ”wrongful trading” bestämmelsen ska kunna tillämpas.¹⁸⁸

I engelsk rätt anses ett bolag insolvent enligt 123(1)(e) IA när bolaget inte kan betala sina skulder när dessa förfaller till betalning och enligt 123(2) IA när bolagets tillgångar är lägre än bolagets skulder.¹⁸⁹ Inom begreppet insolvens i engelsk rätt så ryms således även det vi i svensk rätt definierar som insufficiens. Betydelsen av en balansmässig insolvens, i Sverige insufficiens, diskuterades i *BNY Corporate Trustee Services Ltd v Eurosail-UK 2007-2BL plc*.¹⁹⁰ Domstolen ansåg att en klinisk bedömning av om bolagets tillgångar är lägre än dess skulder utifrån bolagets bokföring kan leda till att flertalet driftdugliga bolag beaktas som insolventa. Syftet

¹⁸⁴ ”For the purposes of this section a company goes into insolvent liquidation if it goes into liquidation at a time when its assets are insufficient for the payments of its debts and other liabilities and the expenses of winding up”. Section 214(6) IA

¹⁸⁵ Kershaw, Company Law in Context, s 730.

¹⁸⁶ “[...] that person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation [...]”. Section 214(2)(b) IA.

¹⁸⁷ “[...] after the condition specified in subsection (2)(b) was first satisfied in relation to him that person took every step with a view to minimize the potential loss to the company’s creditors as [...] he ought to have taken”. Section 214(3) IA.

¹⁸⁸ Kershaw, Company law in Context, s 730.

¹⁸⁹ Bachner, Creditor Protection in Private Companies, s 47.

¹⁹⁰ [2011]2 BCLC 1.

med införandet av section 123(2) IA är ett annat. Bestämmelsen ska fånga de bolag som, trots att de kan betala sina skulder, har nått en punkt då framtida likvidation är oundviklig. Ett bolag utan framtidsutsikter drivs på borgenärernas risk eftersom borgenärerna kommer att förlora sina pengar. Enbart i en sådan situation ska en balansmässig insolvens inverka på möjligheten att driva ett företag vidare.¹⁹¹

Såväl i den traditionella insolvensbedömning som i bedömningen gällande ”wrongful trading” återfinns ett fokus på bolagets framtida möjlighet att driva sin verksamhet. Avgörande för om styrelsen ska åläggas ansvar enligt ”wrongful trading” är inte företagets eventuella nuvarande insolvens utan bolagets möjligheter att i framtiden undvika likvidation till följd av insolvensen.¹⁹²

3.1.1.1 Insikt att bolaget inte har en rimlig chans att undvika insolvens

En styrelseledamot med vetskap om bolagets framtida insolvens och likvidation faller, självklart, inom ramen för lagstiftningen. Svårigheten är att definiera när en styrelseledamot borde ha insett att insolvens och likvidation inte rimligen kan undvikas. För att bedöma vad styrelseledamoten borde ha insett ska uppgifter enligt section 214(4) IA hämtas från hur en rimligt skötsam person som har dels den allmänna kunskap, skicklighet och erfarenhet som kan förväntas av en person som arbetar i den position som styrelseledamoten gör dels den kunskap, skicklighet och erfarenhet som tillfaller ledamoten i fråga.¹⁹³

I *Re Hawkes Hill Publishing Co Ltd ward v Perk*¹⁹⁴ uttalas att bedömningen om bolaget kommer att bli insolvent och likvideras är en framtidsbedömning. Att bolaget är insolvent innebär inte att det inte finns rimlig chans att undvika framtida likvidation på grund av insolvensen. ”Wrongful trading” hindrar inte att ett bolag är insolvent eller fortsätter att handla vid förlust om det finns det godtagbar anledning till varför styrelsen tror att bolaget kan bli solvent.¹⁹⁵

Lagstiftningen uppställer inga krav på styrelsen att kunna förutspå vad som ska ske i framtiden utan ålägger enbart styrelsen att göra en bedömning på goda grunder.¹⁹⁶ En styrelseledamot kan inte enbart fortsätta att driva bolaget i hopp om att bolaget ska börja gå med vinst igen utan prognosen måste vara realistisk. *Cf Singla v Hedman*¹⁹⁷ visar att under fel omständigheter är det inte rimligt att en styrelse fortsätter hoppas att bolaget ska kunna undvika insolvens. Styrelsen ingick i rättsfallet avtal vilka innebar omfattande förpliktelser, förpliktelser som styrelsen borde haft vetskap om att de inte skulle kunna följa då enbart 2 pund fanns kvar i bolaget och inget nytt kapital var på väg in.¹⁹⁸

¹⁹¹ Hannigan, Company Law, s 624 f.

¹⁹² A a, s 654.

¹⁹³ “[...] a reasonably diligent person having both- the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of the person carrying out the same function as are carried out by that director and the general knowledge, skill and experience that that director has”. Section 214(4) IA.

¹⁹⁴ [2007] ALL ER (D) 422.

¹⁹⁵ Kershaw, Company Law in Context s 730-732.

¹⁹⁶ A a, s 730-732.

¹⁹⁷ [2010] 2 BCLC 61.

¹⁹⁸ Hannigan, Company Law, fotnot 50, s 654.

Det är bolagets finansiella ställning som avgör om det är logiskt, eller inte, att tro att bolaget kan undvika insolvens. I *Re Idessa Ltd, Burke v Morrison*¹⁹⁹ fortsätter bolaget att handla i två år efter det kontrakt som var bolagets största inkomstkälla avslutades. Domstolen ansåg att styrelsen borde ha insett, redan när kontraktet avslutades, att bolaget inte hade någon rimlig chans att undvika insolvens.²⁰⁰

Trots att ett nystartat bolag inte gått med vinst sedan bolaget bildades och har skulder som överstiger dess tillgångar behöver detta inte innebära att styrelsen måste likvidera bolaget för att undgå ansvar för ”wrongful trading”. I *Re Cubelock Ltd*²⁰¹ poängterar domstolen att det inte är ovanligt att ett bolag drivs utan vinst vid uppstart och avgörande är om det finns realistiska utsikter att gå med vinst i framtiden.²⁰²

I *Re Brian D Pierson*²⁰³ uttalar domstolen att det faktum att ett bolag tidigare drivits med vinst under flera år inte skyddar styrelsen från ansvar enligt ”wrongful trading”. Det måste alltid finnas realistisk möjlighet att undvika framtida insolvens för att ansvar ska undgås. Styrelsen i bolaget borde ha insett, efter att ha drivit bolaget med förlust, att det inte hade förmåga att generera vinst i tillräckligt snabb takt. Bolagets revisor hade lämnat en varning på balansräkningen om att bolaget var i en osäker ekonomisk situation. Denna varning borde ha ökat uppmärksamheten hos styrelsen och de borde ha anammat en försiktig syn på företagets finansiella möjligheter. Styrelsen drev istället vidare bolaget i hopp om att det skulle bli framgångsrikt igen.²⁰⁴

Styrelsen i ett insolvent bolag har möjlighet att skjuta upp nedläggning av bolaget en tid, men inte hur längre som helst. I *Re the Rod Gunner Organisation Ltd, Rubin v Gunner*,²⁰⁵ ansågs styrelsen inte agerat som de borde när de väntat på att säkerställa bolagets finansiering i över sex månader. Då möjligheten till finansiering var osäker borde styrelsen inte väntat så länge som de gjorde innan de agerade.²⁰⁶ I *Re Continental Assurance Company of London plc*²⁰⁷ väntar styrelsen mer än ett år från det att misstanke om insolvens har uppkommit tills de begärde bolaget i konkurs. Då styrelsen behövde denna tid för att sätta sig in i räkenskapen hade styrelsen agerat oklanderligt.²⁰⁸ Det är av vikt att inse att det är en individuell bedömning som görs och vad som är för lång tid för att nå insikt i ett fall kan vara godtagbar tid i ett annat.

Då bedömningen av om styrelsen har gjort sig skyldig till ”wrongful trading” sker i efterhand, finns det en svårighet för domstolen att förstå vilka motiv som ligger bakom de beslut styrelsen fattat. Det är lättare att se vilken väg de borde ha tagit med facit i handen. I *Re Brian D Pierson* noterades att flertalet faktorer faktiskt kunde tala

¹⁹⁹ [2012] 1 BCLC 80.

²⁰⁰ Hannigan, Company Law, s 654.

²⁰¹ [2001] BCC 523.

²⁰² Hannigan, Company Law, s 654.

²⁰³ [2001] 1 BCLC 275.

²⁰⁴ Kershaw, Company Law in Context s 732-734.

²⁰⁵ [2004] 2 BCLC 110.

²⁰⁶ Hannigan, Company Law, s 654.

²⁰⁷ [2001] BPIR 733.

²⁰⁸ Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar, s 253 f.

för att bolaget inte var på väg mot insolvens. Domstolen måste väga dessa faktorer mot de omständigheter som talar för att bolaget kommer att hamna i insolvens.²⁰⁹

3.1.2 Styrelsens medansvar

Om styrelseledamot ska hållas ansvarig eller inte för ”wrongful trading” bedöms utifrån de krav som åläggs en styrelseledamot i section 214(4) IA. Styrelseledamoten jämförs med en rimligt skötsam ledamot och de personliga egenskaperna hos ledamoten tillräknas denna. Brister ledamoten i den kompetens och aktsamhet som förväntas av ledamoten skulle det öppna en möjlighet för en talan grundad på wrongful trading.²¹⁰

I *Re Continental Assurance Company of London plc* jämförs styrelsens agerande med de krav som ställs på styrelsen för att avgöra om ansvar kan utkrävas. Bolaget hade tillämpat en metod för redovisning som felaktigt visade att bolaget var solvent när det i själva verket var insolvent. Hade bolaget tillämpat lämplig metod för redovisning borde styrelsen insett att bolaget var insolvent. Trots detta uttalade domstolen att inget ansvar skulle tillfalla styrelsen. Styrelsen har inga krav på sig att ha kännedom om avancerade redovisningsregler. Styrelsen hade hanterat frågan som de borde utifrån de krav som ställs på styrelsen.²¹¹

Det ansvar som åläggs en ledamot av styrelsen ska bedömas enskilt för varje ledamot. För att avgöra vilket ansvar en styrelseledamot ska anses ha är fokus på ledamotens agerande och hur denna har bidragit till styrelsens handlande. Anser domstolen, efter att ha granskat de enskilda ledamöterna, att alla är lika klandervärda kan ansvar åläggas hela styrelsen.²¹²

3.1.2.1 Answarets omfattning

Hur stor summa en styrelsemedlem ska återbetala med anledning av brott mot section 214 IA är inte fastställd i lag utan avgörs av domstolen. Domstolen har maximalt beslutat om en kompenstationssumma som motsvarar den minskning i bolagets tillgångar som skett under tiden styrelseledamoten vetat om att insolvens och likvidation är oundviklig men underlåtit att agera. Har utomstående faktorer bidragit till förlustens storlek under perioden av underlåtenhet kan domstolen se till dess inverkan och sätta återbetalningsbeloppet lägre.²¹³

²⁰⁹ Kershaw, *Company Law in Context* s 732-734.

²¹⁰ Hannigan, *Company Law*, s 653.

²¹¹ A a, s 654 f.

²¹² A a, s 656.

²¹³ Kershaw, *Company Law in Context*, s 739.

3.1.2.2 Minimera borgenärernas förluster

Även om en styrelseledamot insett eller borde insett att bolaget inte hade en rimlig chans att undvika likvidation på grund av insolvens finns enligt section 214(3) IA en möjlighet att driva bolaget vidare om styrelsen efter insikten agerat för att minimera borgenärernas potentiella förluster. Vilket agerande som borde ha företagits bedöms utifrån en objektiv standard där måttstocken är en skötsam styrelseledamot.²¹⁴ Det finns således inget krav att direkt likvidera bolaget. Om borgenärernas intressen gynnas genom att andra åtgärder vidtas så är det tillåtet att genomföra dessa.²¹⁵

Att enbart driva en verksamhet vidare, utan att vidta nya åtgärder, i hopp om att behållningen för borgenärerna ska öka anser domstolen i *Re Brian D Pierson* faller utanför undantaget i section 214(3) IA. För att omfattas av undantaget är ett agerande specifikt ägnat för att motverka borgenärernas förluster nödvändigt. Om åtgärderna leder till lyckade resultat eller inte avgör ej, utan hade en rimligt skötsam styrelseledamot agerat likadant kan ansvar undgås.²¹⁶

Det krävs i enlighet med section 214(3) IA att styrelseledamoten vidtar varje steg som är skäligt i syfte att minimera borgenärernas förluster för att fortsatt drift ska anses godtagbart. Agerande som innebär att ledamot verkar för att säkra bolagets finanser, göra avtal med borgenärer, söka professionell rådgivning, arbetar med företagets bank kan alla utgöra steg till fördel för borgenärerna och därmed falla in under undantaget.²¹⁷

Det finns en motsättning mellan section 214(3) IA och de generella riktlinjer som en styrelse har att förhålla sig till enligt "common law". Section 214(3) IA ger utrymme att antingen driva vidare ett bolag om borgenärerna gynnas men det finns även möjlighet att likvidera bolaget direkt när en framtida likvidation på grund av insolvens konstaterats. "Common law" uppställer ett generellt kvar för styrelsen att, när bolaget är insolvent, verka för borgenärernas intresse. Det kan ifrågasättas om styrelsen måste driva bolaget vidare så länge det gynnar borgenärerna för att inte bryta mot sin skyldighet enligt "common law" även om likvidation är tillåten enligt "wrongful trading".²¹⁸

3.1.3 Att föra talan

Enbart konkursförvaltare eller likvidator kan driva en talan grundad på section 214 IA.²¹⁹ De pengar som kommer in i bolaget efter en bifallen talan tillfaller hela borgenärskollektivet, inte enbart dem som förlorat pengar på den handel som skett i strid med section 214 IA.²²⁰ Att föra talan är en chansning där konkursförvaltare riskerar att minska de pengar som återstår för borgenärerna om talan inte bifalles. Det

²¹⁴ Kershaw, *Company Law in Context*, s 734.

²¹⁵ Hannigan, *Company Law*, s 655.

²¹⁶ Kershaw, *Company Law in Context*, s 736.

²¹⁷ Hannigan, *Company Law*, s 655 f.

²¹⁸ Kershaw, *Company Law in Context*, s 734-736.

²¹⁹ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s 252.

²²⁰ Hannigan, *Company Law*, s 656.

är svårt att avgöra när ansvar enligt ”wrongful trading” inträder och det är osäkert hur stor summa som ska betalas vid fällande dom.²²¹ Möjligen kan regleringen fungera som motivation för styrelsen att göra en uppgörelse med en konkursförvaltare eller likvidator utanför domstol.²²²

3.2 ”Common law”

3.2.1 Aktivitetsplikt

Principerna som utvecklats i ”common law” ålägger styrelsen en skyldighet att agera i borgenärernas intressen, istället för aktieägarnas, när ett bolag är insolvent eller när insolvens är nära förestående.²²³ Skyldigheten att se till borgenärens intresse vid insolvens återfinns i *West Mercia Safetywater Ltd v Dodd*.²²⁴ Vid insolvens ska styrelsens skyldigheter gentemot bolaget ses utifrån borgenärernas intresse. Anledningen till att borgenärernas intressen får företräde vid insolvens är att vid den tidpunkten kan de medel som finns kvar i bolaget anses tillhöra borgenärerna, aktieägarnas medel är redan förbrukade.²²⁵ Skyldigheten att beakta borgenärens intresse innebär att styrelsen inte kan ta riskfyllda beslut, som syftar till att öka aktieägarnas behållning. Emellertid ges utrymme för styrelsen att ändra verksamhetsinriktning om det gynnar borgenärskollektivet och ökar dess möjlighet att få sina fordringar betalda.²²⁶

Principen i *West Mercia Safetywater Ltd v Dodd*, utvecklas i *Colin Gwyer & Associated Ltd v Palmer*.²²⁷ Rättsfallet visar att styrelsen bör se till borgenärernas intresse även när ett bolag är på gränsen till insolvens. Bolagets borgenärer riskerar att styrelsens agerande påverkas redan innan faktisk insolvens och styrelsen kan å aktieägarnas vägnar ta risker som inte gynnar borgenärerna om inte ansvar inträder innan insolvensen.²²⁸

Vid stabil solvens kommer borgenärerna få betalt trots att deras intresse inte är i fokus och det är självklart att styrelsen inte måste beakta borgenärerna då. Vid insolvens är det klart att borgenärernas intresse av att få betalt riskeras och deras intresse behöver vara i fokus. Svårigheten ligger i att identifiera den tidpunkten innan insolvens när skyldigheten för en styrelseledamot bör skifta från att se till aktieägarnas intresse till att istället se till borgenärernas intresse. Styrelsen bör utgå från situationen i det enskilda bolaget och bolagets finansiella position.²²⁹ Varje aktiebolag måste föra en adekvat bokföring. Styrelseledamöterna har en skyldighet att ha den kunskap som krävs för den bransch som styrelsen verkar inom i förhållande till bolagets finansiella position. Genom att åtlyda dessa skyldigheter borde en

²²¹ Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar, s 252.

²²² Kershaw, Company law in Context, s 739.

²²³ Hannigan, Company Law, s 199.

²²⁴ [1988] BCLC 250.

²²⁵ Hannigan, Company Law, s 199.

²²⁶ Kershaw, Company Law in Context, s 723.

²²⁷ [2002] EWHC 2748.

²²⁸ Kershaw, Company Law in Context, s 725.

²²⁹ Hannigan, Company Law, s 200.

styrelsemedlem kunna avgöra om bolaget är solvent eller insolvent.²³⁰ Uppstår skyldigheten för styrelsen att beakta borgenärernas intresse innan en faktisk insolvens kan styrelsen under en tid vara tvungen att beakta borgenärernas och aktieägarnas intressen parallellt.²³¹

I *Re MDA Investment Managment Ltd Whalley v Doney*²³² uttalas att bedömningen om skyldigheten att beakta borgenärens intresse ska aktualiseras eller inte ska utgå från om det finns finansiella svårigheter i bolaget. Avgörande för när borgenärernas intressen ska få företräde innan faktisk insolvens beror på om det är borgenärens intresse att få sina fordringar betalda i framtiden som riskeras. Fokus i denna bedömning utgår från bolagets möjlighet att betala sina fordringar när de förfaller till betalning.²³³

3.2.2 Att föra talan

Bedömningen om styrelsen har brutit mot sina skyldigheter i 172(3) CA och inte följt ”common law” när regleringen aktualiseras avgörs av domstol i efterhand. Om ett bolag blir insolvent kan ett eventuellt åsidosättande av borgenärernas intresse att åberopas. Styrelsens ledamöter är emellertid ansvariga i relation till bolaget, det är för bolagets framgång som styrelsen ska verka. Att bolaget framgång vid insolvens beslutas i relation till borgenärers intresse påverkar inte vem som kan föra en talan. Talan ska föras av bolaget.²³⁴ I realiteten är det en likvidator eller en konkursförvaltare som för talan å bolagets vägnar eftersom talan enbart aktualiseras efter konkurs.²³⁵ Förs en talan med framgång kan följden bli att styrelsen ska återbetala pengar till bolaget. Dessa medel kan sedan komma borgenärerna till gagn, mer medel i bolaget ökar möjligheten att återbetala borgenärernas fordringar.²³⁶

²³⁰ Hannigan, Company Law, s 202.

²³¹ Kershaw, Company Law in Context, s 724 f.

²³² [2004] 1 BCLC 217.

²³³ Kershaw, Company Law in Context, s 724 f.

²³⁴ Hannigan, Company Law, s 201.

²³⁵ Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar, s 254 f.

²³⁶ Hannigan, Company Law, s 648.

4 Jämförelse mellan svensk och engelsk reglering

I såväl svensk som engelsk rätt återfinns en skyldighet för styrelsen att agera för att skydda borgenärerna när ett bolag närmar sig konkurs. Aktivitetsplikten startar då borgenärerna riskerar att inte få sina fordringar betalda. En handlingsdirigerande effekt skapas och genom hot om medansvar respektive betalningsansvar uppkommer incitament för styrelsens att agera på ett sätt som är tänkt att motverka borgenärernas förluster.²³⁷ Vid vilken tidpunkt styrelsen ska agera, de åtgärder som styrelsen ska vidta och utformningen av ansvaret vid lagbrott skiljer sig åt mellan rättsordningarna. Likheter och skillnader kommer att presenteras nedan.

4.1 Kapitalskyddets funktion som borgenärsskydd

Reglerna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist i svensk rätt har införts för att skydda bolagets registrerade aktiekapital.²³⁸ Ett privat aktiebolag i Sverige ska ha ett aktiekapital på minst 50 000 kronor enligt 1:5 ABL.²³⁹ När hälften av det registrerade aktiekapitalet saknar täckning med eget kapital ska styrelsen agera enligt 25:13 ABL och upprätta en kontrollbalansräkning. I engelsk rätt saknas krav på aktiekapital för de aktiebolag, ”private limit ed companies”, som är jämförbara med svenska privata aktiebolag.²⁴⁰ Varken ”wrongful trading”- regleringen eller ”common law” fokuserar på att behålla ett på förhand bestämt kapital i bolaget, utan ser istället till bolagets förmåga att betala skulder allt eftersom de förfaller till betalning och bolagets möjlighet att i framtiden undvika likvidation på grund av insolvens.²⁴¹ Då lagstiftningen i Sverige är formad kring uppgiften att behålla ett visst kapital i bolaget medan regleringen i England fokuserar på bolagets betalningsmöjligheter uppstår en skillnad i utformningen av respektive lands reglering. Den största skillnaden bör vara att svensk rätt ålägger styrelsen att granska balansräkningen medan engelsk rätt kräver en bedömning av framtiden och bolagets insolvens.

4.2 Insufficiens och insolvens

För att styrelsen ska kunna avgöra om aktivitetsplikten startar i svensk lagstiftning ska de enligt 25:13 ABL se om aktiebolagets eget kapital understiger hälften av bolagets registrerade aktiekapital. Styrelsen gör en bedömning som utgår från bolagets tillgångar och skulder.²⁴² Ett bolag med tillgångar som understiger dess skulder är att anse som insufficient.²⁴³ Aktivitetsplikten i svensk rätt startar förvisso innan

²³⁷ Se ovan avsnitt 2 Svensk reglering och ovan avsnitt 3 Engelsk reglering.

²³⁸ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s 331.

²³⁹ Aktiekapitalet kan även anges i euro. Har aktiekapitalet angetts i euro från bolaget start ska aktiekapitalet likställas med den summa som enligt Europeiska centralbanken motsvarar 50 000 kronor i den då fastanställda växelkursen. Se 1:5 ABL.

²⁴⁰ Hanning, Company Law, s 15.

²⁴¹ Se ovan avsnitt 3 Engelsk reglering.

²⁴² Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s 332.

²⁴³ Nationalencyklopedin, Insufficiens.

skulderna överstiger tillgångarna men det bör ändå anses att den svenska lagstiftningen bygger på en insufficiensbedömning. Bedömningen som sker i enlighet med ”wrongful trading”, vilken beskrivs i 214(2)(b), utgår från aktiebolagets framtida förmåga att undvika insolvens.²⁴⁴ Ett bolag som inte kan betala sina skulder är att anse som insolvent.²⁴⁵ Utredningen ovan har visat att även om en jämförelse av ett bolags tillgångar och skulder ingår i den generella insolvensbedömningen enligt section 214 IA är bolagets oförmåga att betala sina skulder i fokus enligt ”wrongful trading”.²⁴⁶

Trots att insolvensbedömningen är avgörande för om ansvar kan aktualiseras i engelsk rätt krävs även insufficiens för att en betalningsskyldighet för styrelsen ska uppstå. Är bolaget inte insufficient kommer alla fordringsägare att få betalt och ett eventuellt ansvar kommer inte att aktualiseras.²⁴⁷ Insufficiens krävs alltså i båda länder, men är avgörande för när ansvar inträder enbart i svensk rätt.

Det faktum att ett bolag är insolvent kan, i vissa fall, påverka styrelsens skyldighet att agera även enligt svensk rätt. Om en verkställighet enligt 4 kap UB misslyckas och visar att aktiebolaget saknar tillgångar till den grad att fordran inte kan utmätas aktiveras styrelsen handlingsplikt enligt 25:13 p 2 ABL. Vid en misslyckad utmätning är det aktiebolagets oförmåga att betala en fordran som mäts. Trots detta inslag av insolvensbedömning ställer svensk lagstiftning inget krav på styrelsen att inom ramen för regleringen om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist kontrollera aktiebolagets solvens.²⁴⁸ Aktualiseras ansvaret i svensk rätt på grund av en misslyckad utmätning blir, av uppenbara skäl, styrelsen varse om skyldigheten utan att behöva vidta egna undersökningar. Undersökningen styrelsen måste vidta för att undvika medansvar utgår i svensk rätt från en insufficiensbedömning och i engelsk rätt från en insolvensbedömning.

Engelsk ”common law” uttrycker ett ansvar för styrelsen att beakta borgenärernas intressen även innan bolaget är insolvent. Styrelsen åläggs att gradvis ersätta aktieägarnas intresse med borgenärernas intresse när styrelsens skyldighet att arbeta för bolagets framgång ska definieras i enlighet med section 172 CA.²⁴⁹ Ansvaret kan jämföras med en skala där skyldigheten att se till borgenärerna ökar ju närmare en framtida insolvens aktiebolaget är. Regelns flexibilitet leder till en osäkerhet gällande när styrelsens ansvar att sätta borgenärerna i fokus inträder.²⁵⁰ Genom ”common law” infaller tidpunkten då styrelsen måste agera i borgenärernas intresse något tidigare än enligt det lagstadgade kravet i ”wrongful trading”.²⁵¹ Styrelseledamöterna skyldighet i engelsk rätt att se till borgenärernas intresse även innan bolaget oundvikligen kommer

²⁴⁴ Kershaw, *Company Law in Context*, s 732.

²⁴⁵ Nationalencyklopedin, Insolvens.

²⁴⁶ Se ovan avsnitt 3.1.1 Aktivitetsplikt.

²⁴⁷ Davies, *EBOR* 7 (2006), s 319 f.

²⁴⁸ Utanför reglerna i 25:13-20a ABL finns en skyldighet för styrelsen i ett svenskt bolag att se till aktiebolagets insolvens. Är ett aktiebolag insolvent är företaget att se som konkursmässigt enligt 1:2 KonkL. En insolvens kan även leda till skyldighet för styrelsen att beakta 11 kap BrB. Styrelsen har skyldighet att kontrollera aktiebolagets insufficiens såväl som aktiebolagets insolvens. Det är av stor vikt att dessa begrepp hålls isär då respektive situation leder till olika skyldigheter för styrelsen. Se Oppenheimer m fl, *Företag i kris*, s 17 f.

²⁴⁹ Kershaw, *Company Law in Context*, s 724 f.

²⁵⁰ Bachner, *Creditor Protection in Private Companies*, s 237-239.

²⁵¹ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s 255.

bli insolvent kan jämföras med att ansvar i svensk rätt inträder innan bolaget är insufficient.

Svårigheten att i engelsk rätt fastställa när tidpunkten att agera inträder kan ställas i relation till hur svårt det är att fastställa tidpunkten att agera i svensk rätt. Då svensk rätt utgår från ett fastställt kriterium, hälften av bolaget aktiekapital enligt 25:13 ABL, vilket kan studeras i balansräkningen bör det vara lättare att fastställa när agerande inträder enligt svensk rätt än enligt engelsk rätt. Bedömningen i engelsk rätt kräver avväganden från styrelsens sida om bolagets framtidsutsikter.

4.3 Handlingsdirigerande effekt

När tidpunkten att agera inträder för styrelsen, vid insufficiens alternativt insolvens, uppställs i respektive reglering krav på styrelsen att vidta ett handlingsmönster för att undgå ansvar. Svensk lagsstiftning innehåller flertalet krav som i detalj reglerar hur styrelsen ska agera. När styrelsen har skäl att anta att ett svenskt aktiebolag är insufficient inträder en skyldighet för styrelsen att upprätta en kontrollbalansräkning enligt 25:13 p 1 ABL. Styrelsen måste upprätta en första kontrollbalansräkning och visar denna en brist i bolagets eget kapital ska en första kontrollstämma hållas. En första kontrollstämma följs upp med en rådrumsfrist och ytterligare en kontrollbalansräkning och en andra kontrollstämma för att kontrollera om bolagets eget kapital har återställts.²⁵² Styrelsen i ett engelskt bolag åläggs enligt section 214(3) IA att, efter att styrelsen nått insikten om att bolaget är insolvent och kommer likvideras, agera på så sätt att förlusten för bolagets borgenärer blir så liten som möjligt. Antingen genom att likvidera bolaget eller vidta åtgärder som gynnar borgenärerna.

”Wrongful trading” och ”common law” ålägger styrelsen ett ansvar att se till borgenärernas intresse när aktivitetsplikten startat.²⁵³ Det finns inget utrymme för styrelsen att vidta de åtgärder aktieägarna önskar under denna tid. Ett bolag i engelsk rätt får enligt section 214(3) IA enbart drivas vidare efter att styrelsen nått insikt om framtida insolvens om fortsatt drift gynnar borgenärerna.

Den plikt som åläggs styrelsen i ett svenskt respektive ett engelskt bolag står i kontrast till varandra. Svensk rätt ställer inget krav på styrelsen att beakta borgenärernas intresse. Under förutsättning att styrelsen genomför de steg lagstiftningen uppställer i rätt tid kan styrelsen agera som de vill under tiden mellan den första kontrollbalansräkningen och den andra kontrollstämman utan att riskera ansvar enligt reglerna om medansvar.²⁵⁴ Borgenärerna kan emellertid anses skyddade genom att lagstiftningen syftar till att behålla aktiekapitalet och förhindra att bolag drivas utan att aktiekapitalet har täckning.

I England ska styrelsen enligt 214(3) IA agera för att minimera bolagets förluster, alternativt likvidera bolaget. Lagstiftningen ger inte utrymme för styrelsen att efter

²⁵² 25:13-16 ABL.

²⁵³ Se ovan avsnitt 3.2 ”Common law” och section 214(3) IA.

²⁵⁴ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s 333-335.

aktivitetsplikten startat i engelsk rätt vidta åtgärder som gynnar andra intressen än borgenärernas. Kravet som ställs på styrelsens agerande i enlighet med engelsk rätt kan troligen anses strängare och begränsar styrelsens agerande mer än kravet i svenska rätt.

I Sverige är beslutet att driva bolaget vidare aktieägarnas. Det är aktieägarna som beslutar om de vill rekonstruera aktiebolaget under rådrumsfristen eller om aktiebolaget ska likvideras direkt.²⁵⁵ Åtgärderna som vidtas under rådrumsfristen regleras eller begränsas inte via lagstiftning. I teorin skulle aktiebolaget kunna fortsätta att handla och genomföra affärer precis som vanligt. Under rådrumsfristen finns troligen en risk att bolaget når en position då de är insolventa. Då aktieägarna beslutar vad som sker under rådrumsfristen borde det ses som naturligt att styrelsen undgår ansvar för vad som sker denna tid. Styrelsen har inte möjlighet att påverka vad som händer med bolaget under rådrumsfristen utan ska agera i enlighet med aktieägarnas instruktioner.

Styrelsens möjligheter och skyldigheter att fatta beslut om bolagets framtid är större i enlighet med engelsk reglering än enligt svensk reglering. I svensk rätt kan en styrelse förlita sig på hur aktieägarna väljer att agera under rådrumsfristen utan att riskera medansvar.

4.4 Styrelsens agerande

Om styrelsen har uppfyllt sina skyldigheter eller inte bedöms utifrån en objektiv standard i båda rättsordningarna. Den standard som används i engelsk rätt återfinns i Section 214(4)(a) IA och ställer krav på att en ledamot av styrelsen har den erfarenhet, kunskap och skicklighet som kan förväntas av en styrelseledamot. I 25:18 ABL återfinns inte en lagstadgad standard om hur styrelsen ska agera med anledning av en kritisk kapitalbrist. Emellertid uttalas att en ledamot som inte agerat försumligt kan undgå ansvar. En eventuell försumlighet beslutas i relation till de krav som ställs på styrelsens ledamöter i svensk rätt.²⁵⁶

Kraven som ställs på styrelseledamöternas agerande skiljer sig inte åt på något uppenbart sätt mellan de olika rättsordningarna. Det finns en objektiv standard som ledamöterna förväntas uppfylla. De personliga kunskaper som en ledamot besitter kan höja kraven som ställs på ledamoten, eller styrelsen, i båda rättsordningarna. I engelsk rätt tillräknas enbart den enskilda ledamot kunskapen och strängare krav åläggs ledamoten. I svensk rätt kan kunskap hos en styrelseledamot tillräknas styrelsen och skärpa kraven för alla ledamöter.²⁵⁷ Inte i någon av rättsordningarna finns stöd för att brister hos en ledamot sänker de krav som ställs på ledamoten.

En skillnad mellan svensk och engelsk rätt är att ansvaret är ett kollektivt ansvar i Sverige medan ett individuellt ansvar åläggs ledamöterna i England. En svensk ledamot har dock möjlighet att efter att medansvaret har fastställts för styrelsen visa

²⁵⁵ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s 333 f.

²⁵⁶ Se ovan avsnitt 2.5.2 Möjlighet för ledamot att undgå ansvar.

²⁵⁷ Section 214(4)(b) IA och Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 43-45.

att dennes agerande inte varit försumligt. I engelsk rätt inverkar hur klandervärd respektive ledamot varit på bedömningen om ledamoten överhuvudtaget anses ansvarig. I båda rättsordningar finns möjlighet för ledamot att befrias från ansvar, skillnaden ligger främst i när och hur ansvar åläggs.²⁵⁸

I *Cohen v Shelby*,²⁵⁹ ställdes frågan om det behövs ett orsakssamband mellan det felaktiga handlandet från en styrelseledamot och den förlust som har skett för borgenärerna för att ansvar ska kunna utdömas i enlighet med ”wrongful trading”. I fallet resoneras att samband troligen inte behövs.²⁶⁰ Ansvar för styrelsen har gentemot borgenärerna i svensk rätt är strikt i den meningen att om styrelsen är ansvariga så är de enligt 25:18 st 1 ABL ansvariga för alla de nya förpliktelser bolaget åtar sig under tiden som styrelsen agerar i strid mot lagstadgade krav. Det finns inget krav på orsakssamband mellan den specifika förpliktelse som styrelsen är ansvarig för och styrelsens agerande. Tidssambandet är tillräckligt.

I section 214(1) IA ges domstolen utrymme att besluta vilka förluster en ledamots agerande har inneburit för företagets borgenärer. Även om domstolen har utrymme att själva bedöma storleken av den compensation som ledamöterna ska tillföra bolaget visar praxis att compensationen som ledamöterna ska betala enligt ”wrongful trading” är lik den som stadgas i svensk rätt. Ledamöterna ska återföra den summa som motsvarar de förluster borgenärerna drabbats av under den tid styrelsen inte agerat enligt de krav lagen stadgar.²⁶¹

4.5 Regleringens omfattning

Regleringen i Sverige sträcker sig över flertalet paragrafer, 25:13-20a ABL, och bör anses mer omfattande än engelsk rätt som återfinns främst i ”wrongful trading”, section 214 IA och till viss del via hänvisning till ”common law” i section 172 CA. Det bör emellertid finnas en medvetenhet om den engelska rättens uppbyggnad. Inom ”common law” området utvecklas engelsk rätt även genom rättsfall.²⁶² Även om den engelska lagstiftningen inte har lika många paragrafer som den svenska kan det vara problematiskt att jämföra vilket av de två regelverken som är mest omfattande utifrån antal paragrafer då regelverken fungerar olika. Emellertid visar redogörelsen ovan att svensk rätt ställer fler krav på styrelsens agerande än engelsk rätt.²⁶³ Kraven i svensk rätt på hur styrelsen ska agera är många och stadgar exakt vad styrelsen ska göra. Möjligen kan kraven vara omfattande även i engelsk rätt. Emellertid måste ledamoten själv räkna ut på vilket sätt de ska agera i borgenärernas intresse i engelsk rätt, lagstiftningen stadgar inget specifikt agerande och ledamoten kan enligt ”wrongful trading” alltid välja att likvidera bolaget.

²⁵⁸ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 28 f och Hannigan, Company Law, s 656.

²⁵⁹ [2002] BCC 82.

²⁶⁰ Bachner, Creditor Protection in Private Companies, s 232 f.

²⁶¹ Jfr Kershaw, Company Law in Context, s 739.

²⁶² Nationalencyklopedin, Common law.

²⁶³ Se ovan avsnitt 2 Svensk reglering och ovan avsnitt 3 Engelsk reglering.

4.6 Att utkräva ansvar

Svensk rätt skiljer sig från engelsk rätt gällande vem som har möjlighet att driva en talan om att styrelsen inte agerat som den borde. I Sverige förs talan av den borgenär som vill ha sin fordran betald.²⁶⁴ I England utkräver konkursförvaltaren eller likvidatorn ansvar enligt ”wrongful trading” eller borgenärsskyddet i ”common law” för bolaget. Styrelseledamöterna är i engelsk rätt ansvariga inför bolaget och det är bolaget som ska kompenseras.²⁶⁵

Medansvaret i svensk rätt skiljer sig från det ansvar som finns i engelsk rätt genom att i Sverige är styrelsen ansvarig vid sidan av bolaget för bolaget skulder.²⁶⁶ I engelsk rätt är ansvaret enligt section 214(1) IA utformat som mer som ett skadeståndsansvar och styrelsen ska betala till bolaget.

4.7 Bolagsrätt och insolvensrätt

En skillnad mellan rättsordningarna är i vilket regelverk lagstiftaren har valt att placera skyldigheten som åligger styrelsen. ”Wrongful trading” återfinns inom den engelska insolvensrätten.²⁶⁷ Genom ansvaret i ”common law” och hänvisningar i section 172 CA återfinns dock mindre delar av det engelska borgenärsskyddet även i bolagsrätten. Borgenärsskyddet med anledning av kapitalbrist återfinns i svensk rätt enbart i bolagsrätten. En anledning till att svensk reglering är placerad inom bolagsrätten är borgenärsskyddets koppling till aktiekapitalet, det faller naturligt att placera regleringen inom detta regelverk.²⁶⁸ Ansvar inträder i båda rättsordningarna bara när ett bolag har gått i konkurs och skillnaden mellan var lagstiftningen är placerad är antagligen bara en fråga om ett val som lagstiftaren gjort.

²⁶⁴ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 81 f.

²⁶⁵ Bachner, Creditor Protection in Private Companies, s 215-217.

²⁶⁶ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s 330 f.

²⁶⁷ Bachner, Creditor Protection in Private Companies, s 212-215.

²⁶⁸ Dotevall, SvJT 2006, s 898.

5 Diskussion om hur skillnaderna mellan svensk och engelsk reglering påverkar borgenärsskyddet

5.1 Kapitalskyddets funktion som borgenärsskydd

Kapitalskyddets funktion som borgenärsskydd kan ifrågasättas. Trots intentionen att aktiekapitalet ska fungera som en buffert tillräcklig för att garantera borgenärernas betalning finns ingen motivering till varför det valda aktiekapitalet på 50 000 kronor utgör ett tillräckligt skydd.²⁶⁹ Aktiekapitalet utgör måttstocken enligt 25:13 ABL för att avgöra när en kritisk kapitalbrist uppstår och styrelsen åläggs att upprätta en kontrollbalansräkning. Kopplingen som finns mellan aktiekapitalet och borgenärsskyddet innebär att aktiekapitalets konstruktion och storlek har påverkan på borgenärsskyddet som finns med anledning av kritisk kapitalbrist i svensk rättsordning. Att aktiekapitalet kan ifrågasättas påverkar borgenärsskyddet med anledning av kritisk kapitalbrist.

Minimikravet för aktiekapitalet hos privata aktiebolag har beslutats generellt och är lika stort för alla bolag. Ingen hänsyn tas till bolagets individuella förutsättningar. Beroende på inom vilket verksamhetsområde bolaget arbetar, vilka risker bolaget tar, bolagets skuldsättningsgrad och storleken på verksamheten kan summan som i realiteten skulle utgöra ett tillräckligt skydd för borgenärerna variera.²⁷⁰ I vissa aktiebolag kan ett aktiekapital på 50 000 kronor utgöra ett fullgott skydd medan det i andra bolag inte är tillräckligt. Bolaget har enligt 1:5 ABL möjlighet att anpassa sitt registrerade aktiekapital till bolagets individuella behov om de håller sig över den lagstiftade minimigränsen. Trots valmöjligheten kan avsaknaden av tvingande regler innebära att en anpassning inte sker även om ett modifierat aktiekapital hade gett borgenärerna ett bättre skydd. När borgenärsskyddet med anledning av kritisk kapitalbrist inte är anpassat till de skillnader som finns mellan olika bolag garanterar inte lagstiftningen ett fullgott och likvärdigt skydd för alla borgenärer.

Ett aktiebolag har möjlighet att sänka sitt aktiekapital, om aktiekapitalet inte redan är på 50 000 kronor, för att undvika tvångslikvidation på grund av kapitalbrist.²⁷¹ När ett aktiebolag har en så pass dålig ekonomi att bolagets eget kapital understiger hälften av aktiekapitalet bör det vara av än större vikt att bolaget är välfinansierat. Har ett högre aktiekapital införts för att spegla risken i den verksamheten bolaget arbetar inom kan troligen ett lägre aktiekapital inte fylla samma funktion. Trots detta finns utrymme att med relativt enkla medel sänka aktiekapitalet i syfte att skjuta fram gränsen för kritisk kapitalbrist.

Oavsett hur väl aktiekapitalet speglar bolagets verksamhet finns risken att borgenärerna beaktat aktiekapitalet och utformat ett kreditavtal med aktiekapitalets storlek i åtanke. Sänks sedan aktiekapitalet finns risk att kreditavtalet inte innehåller reglering tillräcklig för att skydda borgenären. Det faktum att det finns möjlighet att ändra aktiekapitalet kan leda till att borgenärerna måste beakta denna risk när de

²⁶⁹ Jfr Forsebäck, JT 2008/09 nr 1, s 200.

²⁷⁰ Forsebäck, JT 2008/09 nr 1, s 202 f.

²⁷¹ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, s 261.

upprättar avtal med gäldenären. Beroende på borgenärernas inställning och styrka i förhållande till bolaget kan antingen en falsk trygghet infinna sig eller en komplicerad avtalsprocess uppstå.²⁷²

I syfte att underlätta företagandet sänktes minimikravet för aktiekapital från ett krav på 100 000 kronor till dagens krav på 50 000. Inför lagändringen utreddes även ett förslag på ett minimikrav för aktiekapital på 0 kronor.²⁷³ Det faktum att regeringen ansåg ett obefintligt kapitalkrav som ett alternativ kan visa på att kapitalskyddet inte längre har högt förtroende som borgenärsskydd inom svensk rätt.²⁷⁴

Kapitalskyddet är en grundläggande skyddsprincip som syftar till att skydda borgenärerna genom att se till att tillgångarna i ett aktiebolag är större än skulderna. Det aktiekapital som vid ett bolags bildande tillförs bolaget måste genom skyddsregler behållas inom bolaget. Om det inte fanns regler som vid kapitalbrist hindrade bolaget att fortsätta verksamheten skulle de övriga kapitalskyddsreglerna anses meningslösa.²⁷⁵ Att enbart förändra reglerna i 25:13-20a ABL skulle medföra att svensk lagstiftning blir ofullständig. Lagstiftaren bör inte ställa upp ett krav på aktiekapital och sedan inte kräva att aktiekapitalet behålls i bolaget. För att kunna förändra regleringen behövs en omfattande översyn av svensk lagstiftning och kapitalskyddets utformning.²⁷⁶

Att, som i svensk rätt, knyta handlingsreglerna till storleken av bolagets förlorade kapital kan leda till att styrelsen dröjer med att upprätta kontrollbalansräkningen i hopp om att bolagets kapital ska öka. Styrelsen kan driva vidare bolaget i hopp om att läka kapitalbristen genom handel.²⁷⁷ En liknande situation borde uppkomma i engelsk lagstiftning om styrelsen är överdrivet optimistiska i sin bedömning gällande om bolaget kommer kunna undvika insolvens i framtiden. Styrelsen kan då driva bolaget vidare i tron att bolagets situation kommer att vända och finanserna öka, precis som styrelsen i ett svenskt bolag.

5.2 Insufficiens och insolvens

Det bör anses svårare att bedöma om ett aktiebolag kommer att likvideras på grund av insolvens än att avgöra om mer än hälften av aktiekapitalet saknar täckning med eget kapital. Även om insufficiensbedömningen lämnar utrymme för korrigeringar i förhållande till aktiebolagets ordinarie balansräkning utgår insufficiensbedömningen från en fastställd gränd som alltid är densamma för bolaget. En bedömning som utgår från bolagets insolvens, som i engelsk rätt, kräver att styrelsen ska göra en prognos för bolagets framtida möjligheter att betala sina fordringar. För att möjliggöra en obeståndsprognos måste ofta flera faktorer vägas samman och förhållandena varierar

²⁷² Forsebäck, JT 2008/09 nr 1, s 203.

²⁷³ Prop 2009/10:61 s 19.

²⁷⁴ Forsebäck, JT 2008/09 nr 1, s 204.

²⁷⁵ Prop 2009/10:61 s 5 f.

²⁷⁶ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, s 38.

²⁷⁷ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s 100 f.

beroende på varje individuell situation.²⁷⁸ För borgenärerna borde det anses fördelaktigare med en reglering, likt den svenska, som är lättare att fastställa. Styrelsen kan då med större säkerhet agera i rätt tid och det är lättare för borgenärerna att förutsäga när ansvar inträder.

5.2.1 Tidpunkt för ingripande

En reglering som ämnar skydda borgenärerna bör ålägga styrelsen att agera vid en tidpunkt då bolaget fortfarande har medel kvar som är tillräckliga för att betala borgenärernas fordringar. Ett agerande bör därför ske innan bolaget är insolvent och konkursmässigt. Olika synpunkter har presenterats angående vilken av bedömningsgrunderna, insufficiens eller insolvens, som leder till tidigast ingripande från styrelsens sida. Såväl åsikten att insufficiens inträder först alternativt att insolvens sker parallellt med insufficiens²⁷⁹ som åsikten att insolvens ofta sker innan insufficiens har presenterats.²⁸⁰ Vilken situation som infaller först beror på det individuella bolaget tillgångar och skulder.²⁸¹ Insufficiens utgår från ett fastställt kriterium medan insolvens och obestånd är en framtidsprognos som bör kunna ske såväl tidigare som senare än insufficiens beroende på den finansiella situationen i det enskilda bolaget.

Utgångspunkten i enlighet med ”wrongful trading” är att styrelsen ska agera för borgenärernas intressen då styrelsen insåg att det inte fanns en rimlig chans att undvika framtida insolvens.²⁸² Avgörande är alltså inte den faktiska insolvensen utan insikten om att insolvens i framtiden kommer leda till likvidation. I teorin framstår den engelska lagstiftningen framåtblickande och slutsatsen att ansvar inträder tidigare i enlighet med engelsk än med svensk rätt kan antas logisk.

Emellertid har domstolen i England, genom rättsfall, visat att de inte lagt avgörande vikt vid lagstiftningens krav på att styrelsen ska göra en framtidsprognos. I *Re Continental Assurance Company of London plc*²⁸³ fokuserar domstolen på det faktiska datumet bolaget blev insolvent och domstolen förde ingen diskussion kring om styrelsen i detta fall borde ha förutsett insolvens även innan faktisk insolvens inträtt. Domstolen ställde låga krav på styrelsen att upptäcka en förestående insolvens. Enbart om det är med säkerhet oundvikligt att bolaget i framtiden skulle hamna i insolvens kan styrelsen hållas ansvariga. Innan rättsfallet hade den rådande meningen som presenterats i doktrin varit att styrelsen skulle göra en sannolikhetsbedömning för att besluta om insolvens var att vänta eller inte. Den insolvens som var sannolik borde styrelsen ha insett. Även de test som presenterades av EU High Level Group of Company Law Experts baserades på en bedömning av om insolvens var ett troligt utfall eller inte. Rättsfallet visar att en sannolikhetsbedömning inte är det rådande

²⁷⁸ Oppenheimer, Balans nr 4 2009, Debatt: behåll nuvarande aktiekapitalnivå och kontrollbalansräkningen.

²⁷⁹ A st.

²⁸⁰ Posselius m fl, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, s 98 f.

²⁸¹ Westermarck, Balans nr 3 1990, Insolvens, insufficiens och kontrollbalansräkning.

²⁸² Davies, EBOR 7 (2006), s 318.

²⁸³ [2001] BPIR 733.

bedömning i engelsk rätt utan styrelsen behöver i praktiken likvidera bolaget först vid faktisk insolvens.²⁸⁴

Med stöd av ”wrongful trading”- regleringen kan ett aktiebolag drivas med förslut och vara insolvent utan att styrelseledamöterna riskerar ansvar då fortsatt drift är tillåten så länge en styrelseledamot rimligtvis kan ha förhoppningar om att bolaget kommer gå med vinst. I *Re Continental Assurance Company of London plc* tilläts styrelsen driva vidare bolaget trots att bolaget var insolvent. Domstolen tog hänsyn till att det fanns potentiella köpare till bolaget och först när dessa drog sig ut borde styrelsen likviderat bolaget. Det var vid denna tidpunkt hoppet om att bolaget kunde undvik likvidation på grund av insolvensen släcktes.²⁸⁵

Även i svensk rätt finns försök från lagstiftarens sida att verka för att ett bolag ska drivas vidare om det finns möjlighet till fortsatt drift. Fortlevnadsprincipen ger bolaget möjlighet att redovisa tillgångarna på kontrollbalansräkningen utifrån en värdering som bygger på antagandet att bolaget ska drivas vidare. Lagstiftaren tillåter styrelsen att ha en optimistisk syn till dess att bolaget oundvikligen kommer att likvideras.²⁸⁶ Borgenärernas intresse skulle möjligen gynnas av en värdering med utgångspunkt i de försäljningsvärden som uppstår vid en likvidation. Det är ju dessa summor som borgenärerna i realiteten har tillgång till om en likvidation eller konkurs sedan sker. Emellertid får ett bolag i svensk rätt, till skillnad från i engelsk rätt, inte drivas vidare om det är insolvent.

Trots att tidpunkten för när insolvens inträder varierar bestäms insolvensen alltid i relation till det enskilda aktiebolagets ekonomi, deras skuldsättningsgrad och aktiebolagets utveckling. Insolvensbedömningen kan ses som en individuell bedömning utifrån varje bolags ekonomi. Insufficiensen, som ses till i svensk rätt, är inte relaterad till det enskilda bolagets ekonomi. Kravet borde i vissa fall innebära ett fullgott skydd och i andra borde ett bolag vara insolvent innan insufficiensen inträffar. Insolvensen uppfattas som ett säkrare kriterium då det relaterar till det enskilda bolaget. Borgenärerna har en trygghet i att oavsett bolagets ekonomi inträder kravet när de bolag borgenären ingår avtal med har dålig ekonomi.

Eftersom medansvar, alternativt betalningsansvar, enbart aktualiseras efter en konkurs sker ansvarsbedömningen alltid i efterhand.²⁸⁷ Det kan vara en fara i att domstolen måste bedöma styrelsen agerande när de redan vet utgången. Möjligen kan domstolen lägga stor vikt vid detaljer som styrelsen inte fokuserat på i sin bedömning, men som sedan visats sig vara avgörande för bolagets framtid. Domstolen kan även, i rädsla för ovanstående scenario, bedöma styrelseledamöternas agerande på ett sätt som inte ställer tillräckliga krav.²⁸⁸ Problemet bör uppstå i båda rättsordningarna och bör därför inte påverka en jämförelse dem emellan.

²⁸⁴ Bachner, EBOR 5 (2004), s 302 f.

²⁸⁵ A a, s 307.

²⁸⁶ Se ovan avsnitt 2.2.1 Fortlevnadsprincipen.

²⁸⁷ Se Edgren, Balans nr 7 1979, Obestånd – vad är det?

²⁸⁸ Hannigan, Company Law, s 655.

5.3 Handlingsdirigerande effekt

Den svenska regleringen är uppbyggd kring flertalet paragrafer som innehåller krav på att styrelsen ska vidta vissa förutbestämda åtgärder. Att genomföra och observera dessa steg kräver resurser. För att en krävande reglering ska anses motiverad måste de eftersträlvade resultaten uppnås. Regleringen måste innebära ett effektivt borgenärsskydd och bolagets eget kapital måste skyddas med hjälp av regleringen. Dagens reglering kan främst anses innebära en merkostnad för företagen då regleringen inte ger det önskvärda resultatet.²⁸⁹

Under rådrumsfristen i svensk rätt finns en risk att bolaget blir insolvent och därmed konkursmässigt. Rådrumsfristen har kritiserats då tidsrymden på åtta månader står i kontrast till regleringens borgenärsskyddande syfte. Tidsrymden, som ger möjlighet att skjuta upp avvecklingen, innebär att bolaget riskerar att inte avvecklas medan det fortfarande finns medel kvar att betala bolagets skulder.²⁹⁰ Rådrumsfristen kan anses vara ett uttryck för att avvecklingsintresset, borgenärernas intresse, inte prioriteras utan att det dominerande intresset som lagstiftaren ser till är aktieägarnas intresse att rekonstruera bolaget.²⁹¹

I engelsk rätt åligger det styrelsen att beakta borgenärernas intresse från den tidpunkt då framtida insolvens anses oundviklig. När aktivitetsplikten väl startat är aktieägarnas intresse sekundärt i förhållande till borgenärernas intresse. Styrelsen måste alltid ha borgenärerna i åtanke även om styrelsen kan välja att agera på olika sätt. Styrelsen kan enligt ”wrongful trading”-regleringen välja att direkt likvidera aktiebolaget. Det finns även en möjlighet att driva aktiebolaget vidare under förutsättning att fortsatt drift kan minska förlusten för bolagets borgenärer. Väljer styrelsen istället att fortsätta driva aktiebolaget som vanligt, trots att en plikt att agera i enlighet med ”wrongful trading” finns, åläggs styrelseledamöterna betalningsansvar. Lagstiftningen syftar till att motverka fortsatt drift som inte gynnar borgenärerna.²⁹²

Det har ovan visats att ”wrongful trading” kan anses osäkrare än svensk rätt utifrån vid vilken tidpunkt skyldigheten att agera inträder.²⁹³ Emellertid bör en viss del av denna osäkerhet anses motverkad av att den engelska lagstiftningen ålägger styrelsen att på ett effektivt sätt se till borgenärernas intresse när aktivitetsplikten väl startat. I svensk rätt tillåts aktieägarna under lång tid besluta om bolagets förehavanden även i en situation av kritisk kapitalbrist. Fram tills andra kontrollstämman har genomförts och bolaget likviderats så är borgenärernas intresse inte i fokus på annat sätt än genom att aktieägarna tvingas ta beslut om bolaget framtid. Utredningen ovan har emellertid visat att även i engelsk rätt kan bolag drivas under lång tid utan att styrelsen tvingar agera. En avgörande skillnad är dock att styrelsen kontinuerligt gör bedömningen av om insolvens är oundviklig under hot om betalningsansvar i engelsk rätt. I svensk rätt kan ansvar inte inträda innan bolaget är i kritisk kapitalbrist. Utifrån respektive lagstiftnings handlingsdirigerande effekter kan

²⁸⁹ Forsebäck, JT 2008/09 nr 1, s 209- 211.

²⁹⁰ Posselius m fl, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, s 110.

²⁹¹ Leffler, JT 2008/09 nr 1, s 805.

²⁹² Bachner, EBOR 5 (2004), s 301.

²⁹³ Se ovan avsnitt 5.2.1 Tidpunkten för insolvens.

engelsk rätt anses se till borgenärernas intresse i större utsträckning och bör därför utgöra ett bättre borgenärsskydd än svensk rätt på denna punkt.

5.4 Styrelsens agerande

Section 214 IA ger styrelsen utrymme att bedöma om framtida likvidation på grund av insolvens är trolig eller inte. Så länge en kompetent ledamot hade ansett att det fanns möjlighet att undvika insolvens är det tillåtet att driva bolaget vidare.²⁹⁴ Ledamoten måste inte med säkerhet veta att insolvens kan undvikas utan det är tillräckligt att det finns en möjlighet att undvika insolvens. En möjlighet på mellan 20 till 30 procents har argumenterats vara rimlig för att styrelsens bedömning ska godtas oavsett utgång.²⁹⁵ Engelsk lagstiftning lämnar ett stort utrymme för styrelsen att rädda ett bolag om det finns en realistisk möjlighet att bolaget kan undvika insolvens. Borgenärerna är de som får ta risken att den bedömning som styrelsen har gjort är riktig. Uppfyller en ledamot den standard som ställs på ledamoten så kan beslutet att driva bolaget vidare inte kritiseras. Section 214 IA kan ses som ett försök från engelsk lagstiftare att balansera borgenärsskyddet med en önskan att inte likvidera livskraftiga aktiebolag, det är inte enbart borgenärernas intresse som fått utrymme i lagstiftningen.

Styrelsen i ett svenskt bolag har möjlighet att besluta om upprättande av första kontrollbalansräkningen. Kontrollbalansräkningen ska upprättas om det finns skäl för styrelsen att anta att bolaget är i kritisk kapitalbrist. Bedömningen av om styrelsen har skäl att anta kapitalbrist görs utifrån vad som förväntas av en ledamot.²⁹⁶ Krav som ställs på ledamöterna att genomföra en bedömning av om aktivitetsplikten startar kan anses likartade i svensk och engelsk rätt och de borgenärsskyddande effekterna skiljer sig inte allt för mycket åt. Trots att ledamöterna har möjlighet att göra en bedömning enligt båda rättsordningar får styrelsens bedömning anses vara av större vikt i engelsk rätt. I England ska styrelsen göra en svår bedömning, flera faktorer ska vägas samman för att förutspå bolaget framtida möjligheter till fortlevnad. I Sverige ska styrelsen ha information om balansräkningen för att avgöra storleken på bolaget eget kapital. Det bör vara svårare att göra bedömningen som ska göras i enlighet med engelsk rätt. I engelsk rätt läggs därför ett större ansvar på styrelsen och borgenärerna är i större utsträckning beroende av att styrelsen agerar ansvarsfullt och tar ett riktigt beslut.

I engelsk rätt har styrelsen den avgörande makten över aktiebolaget efter att ”wrongful trading” har aktualiserats. Trots att det är styrelsen som fattar besluten åläggs styrelsen att agera i borgenärernas intresse. Borgenärernas önskan att få sina fordringar betalda är den ledande kraften.²⁹⁷ I svensk rätt övergår den beslutande makten till aktieägarna när insufficiens konstateras. De är aktieägarna som avgör om aktiebolaget ska likvideras eller inte.²⁹⁸ Borgenärerna bör gynnas mer av att styrelsen ska agera i deras intresse än att aktieägarna får agera som de önskar.

²⁹⁴ Bachner, EBOR 5 (2004), s 307.

²⁹⁵ Eidenmuller, EBOR 7 (2006), s 249.

²⁹⁶ Se ovan avsnitt 2.5.2 Möjlighet för ledamot att undgå ansvar.

²⁹⁷ Section 214(3) IA.

²⁹⁸ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s 333.

”Wrongful trading” kan med sin breda beskrivning och fria tolkning anses flexibel. Flexibiliteten har dock en baksida då styrelsen kan vara osäkrare på hur den bör agera.²⁹⁹ Det är svårare för en styrelse i England att bedöma vad som åläggs styrelsen att genomföra än vad det är för en svensk styrelse. Den svenska, mer förutsägbara, regleringen kan anses balansera rättsäkerheten på ett bättre sätt än den engelska lagstiftningen då det är tydligt vad styrelsen har för skyldigheter i svensk rätt. Även borgenärernas möjligheter att förutsäga vad styrelsen ska göra minskar om regleringen är flexibel. Om borgenärerna inte kan förutsäga vad som ska hända kan de möjligen försöka reglera situationen genom avtal istället.

5.5 Regleringens omfattning

Den process som måste följas enligt svensk reglering kan anses vara betungande och kostsam för bolaget. De åtgärder som vidtas i bolaget står inte i proportion till vad som kan uppnås med regleringen. Den svenska regleringen om tvångslikvidation har diskuterats i juridiskt litteratur under lång tid och har länge ifrågasatts och kritiserats för sin ineffektivitet.³⁰⁰ Genom att ändra reglerna i ABL och införa mer lättöverskådlig lagstiftning kan lagens omfattning minska och det skulle vara lättare för företagare att följa regleringen. De svårigheter som idag finns på en detaljnivå skulle inte längre vara problematiska om dagens reglering skulle kunna ersätta med en relevant huvudregel.³⁰¹

Den engelska regleringen innehåller färre paragrafer och färre krav finns uttryckta i lagstiftningen. En enklare reglering är troligen mindre kostsam för bolaget att följa. Styrelsen måste inte följa ett förutbestämt mönster utan de kan agera som de anser passande utifrån just den situation som bolaget befinner sig i. Detta i sin tur kan gynna borgenärerna. Emellertid måste en enklare reglering även vara kraftfull och kräva att borgenärens intresse beaktas så en ny lagstiftning inte främst gynnar aktieägarna eller andra intressenter.

5.6 Att utkräva ansvar

I engelsk rätt enbart är likvidator eller konkursförvaltare som tillåts att genomföra en talan.³⁰² På grund av detta har borgenärerna ingen möjlighet att använda sig av regleringen som ett påtrycksmedel. Det är upp till konkursförvaltaren eller likvidatorn om denne vill och har möjlighet att genomföra en talan. Emellertid kan i svensk rätt en talan troligen bli beroende av den enskilde borgenärens ekonomiska situation, då borgenären driver en talan själv i Sverige.³⁰³

²⁹⁹ Davies, EBOR 7 (2006), s 327.

³⁰⁰ Engerstedt & Svernlöv, Balans nr 5 2009, Debatt: Behövs verkligen bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist.

³⁰¹ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 5 uppl, s 12.

³⁰² Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar, s 252.

³⁰³ Oppenheimer m fl, Företag i kris, s 82.

Synen på regleringen i section 214 har varierat från domstolen. Variationen har skapat en osäkerhet för hur lagregleringen egentligen bör tolkas. En del domare har valt att tolka regleringen mer straffrättslig där syftet med betalningsansvaret är att straffa den ledamot som agerat felaktigt. Andra domare väljer att se regleringen som en civilrättslig konstruktion och huvudsyftet är att påverka hur styrelsen agerar genom incitament. Domstolen har möjlighet att göra skönsmässiga bedömningar när de dömer. Domstolen avgör själv vilken summa en ledamot som befunnits skyldig ska återbetala till bolaget.³⁰⁴ I svensk rätt är det möjligt för borgenärerna att på förhand räkna ut hur stor kompensation de kommer att få, om borgenären har en ny fordran och styrelsen anses skyldig omfattar medansvaret just den fordran.

Det faktum att styrelsen i svensk rätt är medansvarig för bolagets förpliktelser medan styrelsens ansvar i engelsk rätt är utformat som ett skadestånd borde inte leda till att medansvaret i svensk rätt utgör ett bättre skydd för borgenärerna. Medansvaret för bolagets förpliktelser uppkommer enligt 25:18 ABL enbart under den tid styrelsen underlåtet att agera i enlighet med lagstiftningen. Det finns en risk att inte alla borgenärer som lidit skada av styrelsens agerande inte kompenseras. Då engelsk rätt enligt section 214(1) IA innebär att styrelsen, om ansvariga, ska återföra en summa till bolaget kan alla borgenärer anses kompenserade till viss del. Borgenärskollektivet som helhet borde anses gynnade av den skadeståndslikande förpliktelsen trots att enskilda borgenärer kan gynnas i större utsträckning genom medansvaret i svensk rätt.

5.7 Bolagsrätt och insolvensrätt

En talan grundad på medansvar i svensk rätt eller betalningsansvar i engelsk rätt aktualiseras först efter konkurs oavsett var reglerna återfinns.³⁰⁵ Emellertid kan borgenärsskyddets placering, i bolagsrätten eller insolvensrätten, vara av vikt om en talan förs i svensk domstol mot en filial tillhörande ett utländskt bolag. Med stöd av rättsfall från EU-domstolen kan medborgarna inom unionen starta aktiebolag i vilket land inom unionen medborgarna vill för att sedan driva bolaget genom filial i sitt hemland. EU:s Insolvensförordning kräver vid en konkurs att den bolagsrätt som tillhör det aktuella bolaget ska tillämpas samtidigt som insolvensrätten i landet där talan förs är gällande. Om en borgenär för talan i Sverige mot en filial tillhörande ett utländskt bolag vars bolagsrätt saknar borgenärsskydd står borgenären utan skydd.³⁰⁶ För att garantera att borgenärer inte saknar borgenärsskydd borde lagstiftningen gällande styrelsens medansvar vid kritisk kapitalbrist föras in i den svenska insolvensrätten.

³⁰⁴ Finch, Corporate Insolvency Law, s 513-515.

³⁰⁵ Section 214(2)(b) IA och Edgren, Balans nr 7 1979, Obestånd – vad är det?

³⁰⁶ Dotevall, SvJT 2006 s 885-897.

5.8 Borgenärerna

Svensk lagstiftning ålägger enligt 25:18 ABL styrelsens medansvar för de avtal som ingåtts under den tid styrelsen brutit mot reglerna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist. Tidigare borgenärer kompenseras inte via medansvar även om de kan anses skyddade, till viss del, genom det incitament som lagstiftningen skapar för styrelsen att vara observant på bolagets eget kapital.

Genom att betalningsskyldigheten i ”wrongful trading” kompenseras även tidigare borgenärer då styrelsen för tillbaka pengar till bolaget. I svensk rätt bör det anses i det närmaste slumpartat vem som har möjlighet att få betalt. Om en borgenär har ingått ett avtal med styrelsen under just den period då styrelsens underlåtenhet består har denne borgenär möjlighet att få betalt. Ingicks avtal innan, om så med bara en dag, finns ingen möjlighet till kompensation.

Flertalet borgenärer förlitar sig inte på lagstiftningen utan sluter även avtal med bolaget.³⁰⁷ Styrelsen måste se till att uppfylla avtalen bolaget ingått såväl som de lagstadgade skyldigheterna och dubbla kostnader kan uppkomma. Det kostar dels pengar att övervaka de lagstadgade reglerna dels kan borgenärerna kräva hög ränta och andra villkor som leder till ytterligare utgifter. Det är inte alla borgenärer som har möjlighet att ställa villkor på företagen, för dessa innebär lagens krav det enda borgenärsskydd de får.³⁰⁸

Införandet av en reglering likt ”wrongful trading” hade troligen inte löst problematiken med att borgenärerna ställer upp egna villkor för att skydda sitt intresse. Ett bra borgenärsskydd ger emellertid de borgenärer som inte kan ställa egna villkor en bättre position. Möjligen kan även borgenärer med en starkare ställning avstå från att ställa upp lika omfattande villkor om det lagstadgade skyddet anses tillräckligt starkt. Insolvenskriteriet kan anses, om det tillämpas effektivt, ge ett skydd mot just det borgenärerna vill undvika, att bolaget är insolvent och inte kan betala sina fodringar. Möjligen kan denna bedömning anses fördelaktigare ur borgenärernas synvinkel. Emellertid kan det faktum att ”wrongful trading” saknar ett kapitalskyddande element innebära att borgenärerna ser avtal med bolaget som en möjlighet att införa krav på bolaget att behålla kapital i bolaget.

³⁰⁷ Forsebäck, JT 2008/09 nr 1, s 211.

³⁰⁸ Se Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, s 54 f.

6 Rättsekonomisk analys

Svensk och engelsk lagstiftning gällande styrelsens ansvar vid kapitalbrist i bolaget och det agerande lagstiftningen kräver ska nedan belysas utifrån hur effektivt respektive lagstiftning skyddar borgenärerna ur ett rättsekonomiskt perspektiv. Skulle en förändring av det svenska regelsystemet innebära en ökning av samhällets totala välfärd anses förändringen rättsekonomiskt effektiv mätt enligt ”Kaldor-Hicks”-mått.³⁰⁹ När borgenärsskyddet granskas nedan kommer den totala välfärden vara utgångspunkten för vad som anses ekonomiskt effektivitet. Lagstiftningen innebär en kompromiss mellan borgenärer, aktieägare och styrelsen. En förändring av lagstiftningen till förmån för borgenärerna kommer, troligen, innebära negativa konsekvenser för andra parter. Trots att negativa effekter uppstår för någon part anses förändringen ändå ekonomisk effektiv om den totala välfärden ökar.

Det kan anses motiverat att förändra svensk lags till förmån för en ”wrongful trading”-inspirerad lagstiftning om det kostar mindre att upprätthålla de engelska reglerna än de svenska reglerna och de engelska reglerna leder till ett bättre eller likvärdigt skydd för borgenärerna.³¹⁰ En kostsam reglering kan enbart anses värd att behålla om dess positiva effekter överstiger kostnaderna som uppkommer för att följa regleringen.³¹¹

6.1 Transaktionskostnader

Den borgenärsskyddande lagstiftningen kan anses verka för att minska transaktionskostnader som annars skulle uppkomma vid avtal mellan bolaget och borgenärerna. Genom lagstiftningen uppkommer en på förhand beslutad riskfördelning.³¹² För att minska transaktionskostnaderna så mycket som möjligt bör den effektivaste av rättsordningarna väljas. För att utvärdera en lagstiftnings ekonomiska effektivitet bör lagstiftningens transaktionskostnader granskas och jämföras med den alternativa reglering som föreslås.³¹³

Den svenska lagstiftningen, som har sin utgångspunkt i kapitalskyddet, kan antas medföra höga transaktionskostnader. Styrelsen har ansvar för att kontrollera hur bolagets eget kapital förhåller sig till aktiekapitalet. De handlingsdirigerande reglerna som lagstiftningen ställer upp innebär kostnader för bolaget i form av upprättande av kontrollbalansräkningen och kallelse till bolagsstämman. Regleringen saknar flexibilitet och det finns ingen möjlighet för styrelsen att välja att frångå handlingsmönstret utan att riskera personligt betalningsansvar. Inom ramen för regleringen har aktieägarna möjlighet att agera utifrån sina egna preferenser. Det ställs inga krav på att styrelsen tar hänsyn till borgenärernas intresse. I svensk rätt kan borgenärernas intresse anses tillgodosett enbart genom att lagstiftningen ålägger

³⁰⁹ Jfr Koling & Zamboni, Juridisk metodlära, s 176.

³¹⁰ Jfr Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 5 uppl, s 23.

³¹¹ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, s 36 f.

³¹² Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 241.

³¹³ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag uppl 6, s 36 f.

styrelsen att agera och på så sätt tvingar aktieägarna att besluta om bolaget ska likvideras eller inte. Lagstiftningen ställer inga krav på hur styrelsen ska agera.

Att utforma borgenärsskyddet vid kapitalbrist enligt engelsk modell, utan bas i kapitalskyddet, skulle innebära att styrelsen kan agera mer flexibelt än vad de kan göra enligt svensk rätt. Vissa transaktionskostnader uppkommer även enligt engelsk rätt. Det uppkommer kostnader för att övervaka bolagets ekonomi och fastställa om insolvens och likvidation är oundviklig eller inte. Trots att det uppkommer initiala kostnader för att fastställa om aktivitetsplikten startar ska styrelsen efter detta välja att undvika ytterligare kostnader om borgenärerna inte gynnas av dem. Styrelsen ska enbart agera i borgenärernas intresse. Det finns inget krav på att följa ett särskilt handlingsmönster som det görs enligt svensk lagstiftning utan styrelsen måste agera utifrån vad de anser bäst utifrån borgenärernas intresse.

De transaktionskostnader som finns i engelsk rätt kan anses vara direkt relaterade till det skydd som borgenärerna åtnjuter medan transaktionskostnaderna i svensk rätt kan anses syfta till att behålla kapitalet i bolaget. Den svenska lagstiftningen ger aktieägarnas rådrumsintresse stor plats. Svensk lagstiftning ställer upp regler som enbart innebär en kostnad utan att ge borgenärerna motsvarande vinning. Den engelska rätten innebär från denna synvinkel mindre transaktionskostnader och ökad rättsekonomisk effektivitet.

Den svenska lagstiftaren har poängterat faran med att avveckla aktiekapitalet då en avveckling kan antas öka transaktionskostnaderna som uppkommer när bolaget ska ingå avtal med borgenärer. Lagstiftaren hävdar att aktiekapitalet och regleringen i 25:13-20a ABL minskar behovet av förhandlingar vid avtal eftersom borgenärerna känner en trygghet när de vet att bolaget har en buffert motsvarande, åtminstone, halva aktiekapitalet.³¹⁴ Sanningsgraden av uttalandet ifrågasätts eftersom aktiekapitalets funktion är omdiskuterad.³¹⁵ Ett alternativt system som hade gett borgenärerna en liknande, om inte bättre, känsla av trygghet när bolaget är nära konkurs borde hålla nere transaktionskostnaderna på samma sätt som den svenska lagstiftningen påstås göra idag. Ett byta till den engelska regleringen behöver därför inte påverka de transaktionskostnader som relaterar till borgenärernas känsla av trygghet.

Det kan anses svårare att tolka den engelska rättens obeståndsbegrepp än att fastställa, i enlighet med svensk rätt, att hälften av det registrerade aktiekapitalet saknar täckning med eget kapital. Obeståndsbegreppet är en bedömning där flera faktorer spelar in och kan påverka utfallet.³¹⁶ Den osäkerhet som finns i engelsk lagstiftning kan leda till att ett bolag behöver lägga ner mer resurser på att tolka lagstiftningen. På detta område borde därför den svenska, mer förutsägbara, rätten vara fördelaktigare. Emellertid bör, vid en sammanslagning av den totala mängd transaktionskostnader som uppstår via respektive lagstiftning, den engelska rätten anses mer fördelaktig utifrån vad som presenterats ovan.

³¹⁴ Prop 2009/10:61.

³¹⁵ Se ovan avsnitt 5.1 Kapitalskyddets funktion som borgenärsskydd.

³¹⁶ Se avsnitt 5.2 Insufficiens och insolvens.

6.2 Principal-agent problematiken och informationsasymmetri

Det föreligger en intressekonflikt mellan aktieägarna och borgenärerna.³¹⁷ Aktieägarna har ett informationsöverskott gentemot borgenärerna som de har möjlighet att utnyttja. Eftersom borgenärerna inte har all information om bolaget riskerar de att inte kunna anpassa räntan på lånen. Borgenärerna utsätts även för risk för att bolaget ändrar verksamhetsinriktning och riskbenägenhet efter lånen avtalats.³¹⁸ Medansvaret vid kritisk kapitalbrist som ålagts styrelsen i svensk rätt och betalningsansvaret i engelsk rätt skulle kunna utgöra försök från lagstiftaren att motverka de effekter som uppstår till följd av informationsasymmetri och principal-agent problematiken. I båda länder har lagstiftaren valt att ställa krav på styrelsen och inte aktieägarna. Valet faller sig emellertid naturligt eftersom styrelsen är det organ i bolaget som förfogar över bolagsförmögenheten, aktieägarna sätter enbart upp riktlinjer. Styrelsen bör anses vara aktieägarnas representant. I flertalet privata, mindre, aktiebolag utgörs styrelsen av aktieägarna och då är aktieägarnas intresse även i realiteten detsamma som styrelsens.³¹⁹

Det finns en risk för en intressekonflikt även direkt mellan borgenärerna och styrelsen. Styrelsen kan motiveras att ta risker när ett bolag närmar sig konkurs för att öka möjligheten att behålla sitt ämbete. Styrelsen kan lockas att försöka genomdriva projekt som ger en chans att undvika konkurs trots att projektet kan leda till stora förluster för bolaget.³²⁰ Om styrelsen följer handlingsreglerna i svensk lagstiftning finns utrymme att under rådrumfristen genomdriva riskfyllda investeringar utan att styrelsen riskerar medansvar. De handlingsregler som ställs upp i engelsk rätt, där styrelsen måste se till borgenärernas intresse, kan anses motverka incitament från styrelsen att vidta investeringar som ökar möjligheten för styrelsen att behålla sitt ämbete i högre grad än enligt svensk lagstiftning.

6.2.1 Överinvesteringsproblemet

Incitamenten för överinvesteringar kan anses öka vid en hög skuldsättning.³²¹ Vid en kritisk kapitalbrist har aktieägarna inte mycket medel kvar i bolaget och risken är stor att bolaget har hög skuldsättning. Mycket talar därför för att risken för överinvesteringar ökar under rådrumsfristen som enligt 25:16 ABL uppstår mellan första och andra kontrollstämman. Rådrumsfristen lämnar utrymme för styrelsen att å aktieägarna vägnar genomföra investeringar. Lagstiftningen reglerar inte hur agerandet från styrelsens sida ska se ut under rådrumfristen. Aktieägare har lite att förlora på att genom riskfylld handel under denna period försöka få aktiebolaget på fötter igen.

³¹⁷ Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 21

³¹⁸ A a, s 30 f och Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem – En rättsekonomisk analys, s 27 f.

³¹⁹ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl s 46.

³²⁰ Jfr A st.

³²¹ Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem – En rättsekonomisk analys, s 163.

Kravet som uppställs i svensk rätt enligt 25:13 ABL på att behålla halva aktiekapitalet i bolaget kan anses vara ett försök att motverka det incitament som uppstår för aktieägarna att öka sitt risktagande om bolagets eget kapital är förbrukat. Behåller ägarna kapital i bolaget hålls bolagets skuldsättningsgrad nere.³²² Dock kan bolagets eget kapital vara så lågt som 25 000 kronor utan att aktivitetsplikten startar och beroende på omfattning av bolagets skulder kan bolaget ha en hög skuldsättning. Rådsumsfristen ger aktieägarna möjlighet att ta de risker de önskar även när bolaget har kritisk kapitalbrist. Den svenska lagstiftaren bör anses ha misslyckats med att motverka incitament till överinvesteringar som skapas i ett bolag nära konkurs. Istället har lagstiftaren gett aktieägarna utrymme för att vida de investeringar aktieägarna önskar genomföra.

”Wrongful trading” och ”common law” ålägger styrelsen i ett engelskt aktiebolag att se till borgenärernas intresse, inte aktieägarnas, när ett bolag oundvikligen kommer att likvideras på grund av insolvens.³²³ Styrelsen kan enligt section 214(3) IA antingen likvidera aktiebolaget alternativt fortsätta att driva det om fortsatt drift gynnar borgenärerna. Eftersom styrelsen inte ska se till aktieägarnas intresse får aktieägarna inte möjlighet att, när aktivitetsplikten väl passerats, påverka bolagets risktagande.

Engelsk rätt utgår, till skillnad från svensk rätt, inte ifrån hur stor del av bolaget som finansieras av lånade medel utan ser främst till en bedömning av bolagets framtida möjligheter att undvika insolvens. Möjligheten finns att insolvens orsakats av just överinvesteringar som skett redan innan en befarad insolvens kunnat konstateras. Möjligen anknyter kraven i svensk rätt bättre till den tidpunkt då överinvesteringsproblemet uppstår, när skulderna är på väg att överstiga tillgångarna, även om engelsk rätt på ett mer adekvat sätt åtgärdar de problem som uppstår genom att inte ge aktieägarna utrymme att fatta beslut. Dock följs, som ovan nämnts, ofta insufficiens och insolvens åt. Att adekvat adressera överinvesteringsproblemet bör därför väga tyngre och överinvesteringar får anses motverkade på effektivaste sätt i engelsk rätt.

6.2.2 Underinvesteringsproblemet

Det finns en risk att aktieägarna väljer att inte investera om en investering främst gynnar borgenärerna.³²⁴ Detta resulterar i att försök till rekonstruktion under rådsumsfristen inte kommer att ske om borgenärerna är de som kommer att tjäna på en rekonstruktion. Styrelsen kan inte kräva av aktieägarna att investerar mer pengar i bolaget när det närmar sig en konkurs, varken i svensk eller i engelsk rätt. Att införa reglering för att korrigera underinvesteringsproblemet kan inte anses önskvärt, själva essensen av ett aktiebolag är att aktieägarna enbart riskerar att förlora sina investeringar och att tvinga aktieägarna att betala med är inte en önskvärd lösning på

³²² Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 204.

³²³ Se ovan avsnitt 3 Engelsk rätt.

³²⁴ Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s 201.

problemet.³²⁵ Engelsk rätt kan dock till viss del anses motverka tendenser till underinvesteringar då styrelsen har en skyldighet att driva bolaget vidare i borgenärernas intresse enligt ”common law”³²⁶ och om investeringar med bolagets befintliga tillgångar kan genomföras för att öka borgenärernas behållning så ska de genomföras, även om det inte är fördelaktigt för aktieägarna. Trots att styrelsen inte kan tvinga aktieägarna att investera mer pengar ålägger engelsk rätt ändå, till skillnad från svensk rätt, en press på att styrelsen att verka för investeringar till borgenärernas förmån om bolaget ska drivas vidare efter framtida likvidation och insolvens har konstateras.

6.3 Avslutande rättsekonomiska synpunkter

Upprätthållande av den svenska lagstiftningen kan anses kostsam då det krävs resurser för att följa varje handlingsdirigerande steg. Kraven i svensk rätt ger utrymme för aktieägarna och styrelsen att besluta om hur bolaget ska förvalta sina medel med anledning av kritisk kapitalbrist och borgenärernas intressen kan främst anses skyddade genom att aktivitetsplikten startar. Regleringens syfte är att skydda bolagets kapital. Borgenärsskyddets effektivitet kan anses låg i förhållande till vad som krävs att styrelsen vidtar genom lagstiftningen. Även om såväl svensk som engelsk rätt leder till kostnader för att övervaka och agera när bolaget närmar sig konkurs, låter engelsk rätt styrelsen agera mer flexibelt efter att aktivitetsplikten startat än vad svensk rätt tillåter. Flexibilitet finns i de åtgärder som ska vidtas. ”Wrongful trading” och ”common law” tvingar styrelsen, under hot om medansvar vidta de lösningar som gynnar borgenärernas intressen. Även om lagstiftningen inte ställer upp krav på vilka åtgärder som ska genomföras ställer de upp ett krav på att borgenärerna ska vara i centrum. De kostnader som den engelska lagstiftningen ålägger leder till positiva resultat för borgenärerna då ingen kostnad får tas om de inte gynnar borgenärerna.

En förändring av svensk lagstiftning för att utveckla en ”wrongful trading”-inspirerad reglering får anses medföra en nackdel för aktieägarna då deras makt skulle minska i och med att rådumsfristen upphör. Emellertid borde aktieägarna inte förlora allt för mycket kapital. Aktieägarnas intressen beaktas även i engelsk rätt då enbart bolag som inte kan undvika likvidation ska behöva se till regleringen. Lagstiftningen skulle innebära stora fördelar för borgenärerna då deras intressen skulle sättas i främsta rummet. Troligen skulle överinvesteringsproblemet minska om lagstiftningen liknade den engelska då aktieägarna inte har samma utrymme att genomföra investeringar när bolaget har kapitalbrist. Även transaktionskostnaderna skulle antagligen minska. Bolaget skulle i slutändan ha mer pengar kvar till att betala fordringarna. Den engelska rätten kan på dessa grunder anses mer rättsekonomiskt effektiv än den svenska regleringen.

³²⁵ Jfr Kershaw, *Company Law in Context*, s 706-710.

³²⁶ Se ovan avsnitt 3.2 ”Common Law”.

7 Slutsats

Den svenska regleringen gällande styrelsens medansvar vid kritisk kapitalbrist och de krav på agerande lagstiftningen ställer upp kan, utifrån vad som presenterats ovan, ifrågasättas med utgångspunkt i lagstiftningens funktion som borgenärsskydd. Nedan ska utredas om den svenska lagstiftningen bör ändras och utformas som ”wrongful trading”-regleringen och regleringen i engelsk ”common law” för att i större utsträckning tillgodose borgenärernas intresse av att få sina fordringar betalda.

Den koppling som finns mellan när styrelsen enligt svensk rätt ska agera med anledning av kritisk kapitalbrist och storleken på bolagets aktiekapital kan inte anses gynnsam för borgenärernas intresse. Aktiekapitalets storlek kan tyckas godtyckligt fastställt då ingen hänsyn tas till ett bolags individuella förutsättningar. Eftersom borgenärsskyddet utgår från en på förhand fastställd gräns, hälften av bolagets aktiekapital, är borgenärsskyddet inte kopplat till det bolag borgenärerna ska genomföra affärer med.³²⁷

En borgenär som vill undersöka om bolagets aktiekapital är tillräckligt stort för att utgöra skydd i en situation av kritisk kapitalbrist måste undersöka det enskilda bolaget. Aktiekapitalet bolaget har valt får ställas i relation till bolagets verksamhet och risktagande. Är aktiekapitalet inte tillräckligt stort för att utgöra säkerhet, eller är borgenärerna inte nöjda med regleringen i 25:13-20a ABL i övrigt, får de förhandla om egna villkor. Ofrivilliga borgenärer, och även svaga frivilliga borgenärer, som inte har samma förhandlingsmöjligheter riskerar att ha en fordran på ett bolag med ett svagt borgenärsskydd. Osäkerheten för borgenärerna är stor enligt svensk rätt eftersom reglerna i 25:13-20a ABL inte alltid garanterar ett fullgott skydd anpassat till respektive bolag.

Om lagstiftningen istället baserats på en insolvensbedömning, likt den i ”wrongful trading” och engelsk ”common law”, skulle styrelsens skyldighet att agera för att undgå betalningsansvar utgå från respektive bolags möjligheter att betala sina fordringar och undvika insolvens och likvidation.³²⁸ Bedömningen styrelsen måste göra utgår således från det enskilda bolagets skuldsättningsgrad, riskprofil och verksamhet.

Ett borgenärsskydd som är anpassat till det enskilda bolagets förmåga att betala sina fordringar hade gynnat borgenärerna. Idag inträder enligt svensk rätt, oavsett med hur stor säkerhet en konkurs kan förutsägas av styrelsen, ingen skyldighet för styrelsen att agera innan hälften av aktiekapitalet saknar täckning med eget kapital. Även efter att plikten att agera har inträtt sätts i svensk rätt inte borgenärernas intresse i fokus. Så länge styrelsen följer handlingsreglerna som lagstiftningen ställer upp kan de i övrigt ignorera vad som hade varit bäst för borgenärerna. Om bolagets individuella förutsättningar kan inverka på när styrelsen måste beakta borgenärernas intresse bör borgenärerna kunna förlita sig på att skyddet är anpassat till just det bolag borgenärerna handlar med.

³²⁷ Se ovan avsnitt 5.1 Kapitalskyddets funktion som borgenärsskydd.

³²⁸ Se ovan avsnitt 3 Engelsk reglering.

Att upprätthålla de procedurregler den svenska lagstiftningen kräver är kostsamt. Då kraven är obligatoriska uppkommer kostnaden för svenska bolag oavsett om borgenärerna gynnas av de steg som ska vidtas eller inte. Medel som annars hade kunnat gå till betalning av borgenärernas fordringar går idag till att upprätthålla regelverket. Även den engelska lagstiftningen ställer krav på att styrelsen ska genomföra åtgärder. Dock omfattar dessa krav inte specifika åtgärder som måste genomföras utan de åtgärder lagstiftaren kräver att styrelsen ska utföra är de som gynnar borgenärerna.³²⁹ Kostnaderna som uppstår för att följa den engelska regleringen är alltid kopplade till en positiv effekt för borgenärerna, då kostanden inte är tillåten om borgenärerna inte gynnas.

Kapitalskyddsreglerna som uppställs med anledning av kritisk kapitalbrist och sanktioneras genom styrelsens medansvar kan antas verka för att behålla aktiekapitalet och på så sätt minska de tendenser till överinvesteringar som kan förekomma i bolag med hög skuldsättningsgrad. Emellertid kan aktiekapitalets funktion som motvikt till aktieägarnas vilja att genomföra riskfyllda investeringar ifrågasättas. Summan som ska behållas i bolaget genom reglerna om styrelsen medansvar är låg och aktieägarna har under rådrumsfristen möjlighet att fritt disponera bolagets tillgångar och genomföra investeringar. ”Wrongful trading”-regleringen och engelsk ”common law” ger inte aktieägarna samma utrymme att besluta om vad som ska ske när bolagets ekonomi är svag. Styrelsen måste istället se till borgenärernas intresse och inget utrymme lämnas för aktieägarna att genomföra riskfyllda investeringar.³³⁰ Borgenärernas intresse av att lagstiftningen ska motverka aktieägarnas benägenhet till överinvesteringar som ökar risken för att borgenärerna inte får sina fordringar betalda tillgodoses i större utsträckning i den engelska lagstiftningen.

De principal-agent problem som kan uppstå mellan styrelsen, aktieägarna och borgenärerna i ett bolag med dålig ekonomi motverkas mer effektivt genom den engelska än genom den svenska lagstiftningen. Engelsk lagstiftning ålägger styrelsen att agera i borgenärernas intresse. Inget utrymme lämnas för styrelsen att, utan risk för betalningsansvar, ta beslut som skulle gynna styrelsen eller aktieägarna på borgenärernas bekostnad. I svensk rätt ställs enbart krav på styrelsen att följa de handlingsdirigerande reglerna som lagstiftningen ställer upp. Om styrelsen följer dessa kan de sedan agera som de önskar, något som inte gynnar borgenärerna.³³¹

På grund av den engelska rättens framåtblickande perspektiv som fokuserar på respektive bolags insolvens tillåts styrelsen i ett engelskt bolag, i vissa fall, driva vidare bolaget även om det är insolvent. Ett brott mot ”wrongful trading” anses ske först när bolaget drivs vidare trots att det inte finns rimlig chans att i framtiden undvika likvidation på grund av insolvens.³³² Utredningen ovan har visat att även i ett svenskt aktiebolag är fortsatt drift tillåten efter att en kritisk kapitalbrist har

³²⁹ Se ovan avsnitt 4.3 Handlingsdirigerande effekt.

³³⁰ Se ovan avsnitt 6.2.1 Överinvesteringsproblemet.

³³¹ Se ovan avsnitt 6.2 Principal-agent problematiken och informationsasymmetri.

³³² Se ovan avsnitt 5.2 Insufficiens och insolvens.

konstaterats. Under en åtta månader lång rådrumsfrist kan bolaget drivas vidare.³³³ Trots att båda lagstiftningarna möjliggör fortsatt drift utan att styrelsen åläggs betalningsansvar bör engelsk lagstiftning ändå anses tillgodose borgenärernas intresse av att få betalt i större utsträckning. Styrelsen i ett engelskt bolag ska kontinuerligt bedöma bolagets möjlighet till fortsatt drift medan svensk rätt ger styrelsen möjlighet till fortsatt drift under en på förhand bestämd tidsgräns. Borgenärerna gynnas av att deras situation övervakas. Om borgenärernas intresse av betalning riskeras, genom att bolagets finansiella situation försämras, måste styrelsen enligt engelsk rätt genast agera för att motverka detta. Kravet på övervakning får antas motverka det faktum att ett bolag i engelsk rätt får drivas trots att det är insolvent.

De argument och den diskussion som presenterats ovan talar för att införandet av en reglering likt den i England skulle gynna borgenärernas intresse av att få sina fordringar betalda. Oavsett om aktivitetsplikten inträder senare eller tidigare i enlighet med svensk eller engelsk rätt bör den engelska regleringen anses mer effektiv. De agerande som den engelska regleringen sanktioner med betalningsansvar för styrelsen är relaterat till borgenärernas intresse på bättre sätt än svensk rätt. I engelsk rätt får borgenärens intresse ta större plats. Om borgenärerna riskerar att inte få betalt ska styrelsen sätta borgenärernas intresse i centrum. Den engelska regleringen leder till fler rättsekonomiska fördelar då aktieägarna har mindre utrymme att ålägga styrelsen att vidta åtgärder som riskerar borgenärernas möjlighet att få sina fordringar betalda.

Kritiken som presenterats mot den engelska rätten utgår främst från hur regleringen har tolkats i domstol. Skyldigheten att agera har ansetts inträda för sent och det hävdas att lagstiftningen inte är tillräckligt framåtblickande.³³⁴ Om den svenska lagstiftaren väljer att inspireras av engelsk reglering finns stora möjligheter att undgå att dessa problem uppstår även i den svenska rättsordningen. De misstag och svårigheter som finns i den engelska regleringen kan motverkas redan på lagstiftningsnivå för att göra rättstransplantationen så effektiv som möjligt.

Även om borgenärsskyddet är i fokus i denna uppsats och det utifrån borgenärernas synvinkel kan anses motiverat att förändra lagstiftningen är det självklart att ABL innebär en avvägning av flertalet intressen. Att driva ett aktiebolag måste även vara gynnsamt för aktieägarna. Trots att denna uppsats inte syftar till att balansera aktieägarnas och borgenärernas intresse har i de rättsfall som presenterats ovan visats att den engelska rätten strävar efter att balansera borgenärernas och aktieägarnas intressen.³³⁵ Styrelsen ska bara agera med anledning av kapitalbrist om det är nödvändigt, om bolaget riskerar likvidation, annars tillåts aktieägarna driva bolaget utan inblandning från lagstiftaren. Utan närmare undersökning kan, troligen, den engelska rätten anses fördelaktig även från aktieägarnas perspektiv. Något som gör att en förändring av den svenska lagstiftningen kan anses än mer motiverad.

Ett stort hinder mot att förändra reglerna om medansvar vid kritisk kapitalbrist utgörs av den roll reglerna har i det svenska kapitalskyddet. För att förändra 25:13-20a ABL krävs en rekonstruktion av hela kapitalskyddsregleringen. Reglerna om

³³³ Se ovan avsnitt 2.4 Andra kontrollstämma.

³³⁴ Se ovan avsnitt 5.2 Insufficiens och insolvens.

³³⁵ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, s 46.

tvångslikvidation kan anses som kapitalskyddets sista utpost, förändras dessa måste hela systemet ändras.³³⁶ Emellertid borde det faktum att en lagregel utgör en del i ett större system inte vara en ursäkt för att inte genomföra en förändring om det är nödvändigt. En reglering kan nämligen inte anses starkare än sin svagaste länk.³³⁷ Då kapitalskyddet med anledning av kapitalbrist och det medansvar som åläggs styrelsen inte kan anses effektivt ur sin borgenärsskyddande synvinkel borde hela det svenska kapitalskyddet anses svagare. Är en del av systemet svagt påverkas hela systemet. Undersökningen ovan visar att borgenärens intresse att få sina fordringar betalda hade tillgodosetts i större utsträckning om lagstiftningen förändras och krav i likhet med den engelska regleringen införs. Det vore intressant om en undersökning av kapitalskyddet genomförs. Undersökningen bör utreda om kapitalskyddet antingen ska förändras eller avvecklas för att möjliggöra att en reglering likt ”wrongful trading” och engelsk ”common law” införs.

³³⁶ Jfr Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag uppl 6, s 37.

³³⁷ Se A a, s 35.

8 Källförteckning

8.1 Offentliga tryck

8.1.1 Propositioner

Prop 2009/10:61 En sänkning av kapitalkravet för privata aktiebolag

Prop 2005/05:85 Nya aktiebolagslag

Prop 2000/01:150 Likvidation av aktiebolag m.m.

Prop 1990/91:198 Om vissa ändringar i aktiebolag

8.1.2 Statens offentliga utredningar

SOU 2008:49 Aktiekapital i privata aktiebolag

8.2 Litteratur

Andersson, J, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl, LitteraturCompagniet AB, 2010

Andersson, J, Kapitalskyddet i aktiebolag 5 uppl, LitteraturCompagniet AB, 2005

Bachner, T, Creditor Protection in Private Companies – Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse, Cambridge University Press, 2009

Bachner, T, Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?

EBOR 5 (2004), s 293-319 (25/1 2014),

<http://www.journals.cambridge.org.ezproxy.ub.gu.se>

Bergström, C, Samuelsson, P, Aktiebolagets grundproblem, 4 uppl, Nordstedt Juridik, 2012

Bergström, C, Samuelsson, P Aktiebolagets grundproblem – en rättsekonomisk analys, Nerenius & Santérus förlag, 1997

Dahlman, C, Glader, M, Reidhav, D, Rättsekonomi: en introduktion, 2 uppl, Studentlitteratur, 2004

Davies, P, Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency, EBOR 7 (2006), s 301-330 (28/3 2014),

<http://www.journals.cambridge.org.ezproxy.ub.gu.se>

Dotevall, R, Bolagsledningens skadeståndsansvar, 2 uppl, Nordstedts Juridik, 2008

Dotevall, R, Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer, SvJT 2006 s 885-899 (6/5 2014), <http://www.juridik.karnovgroup.se>

Edgren, B, Obestånd – vad är det? Balans nr 7 1979 (2/4 2014), <http://www.faronline.se>

Eidenmuller, H, Trading in Times of Crisis – Formal Insolvency Proceedings, Workouts and the Incentives for Shareholders/Managers, EBOR 7 (2006) , s 239-258 (25/1 2014), <http://www.journals.cambridge.org.ezproxy.ub.gu.se/>

- Engerstedt, U, Svernlöv, C, Debatt: Behövs verkligen bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist, Balans nr 5 2009 (6/5 2014), <http://www.faronline.se>
- Finch, V, Corporate Insolvency Law – Perspectives and Principles, Cambridge University Press, 2002
- Forsebäck, A, Det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet i EU: hög tid för reform, JT 2008/09, s 200- 219 (18/3 2014), <http://www.jt.se>
- Hannigan, B Company Law, 3 uppl, Oxford University Press, 2012
- Jensen, U, Rylander, S, Lindblom, P-H, Att skriva juridik – regler och råd, 5 uppl, Iustus Förlag, 2012
- Kershaw, D Company Law in Context – Text and materials, Oxford University Press, 2009
- Korling, F, Zamboni, M, Juridiks metodlära, Studentlitteratur, 2013
- Leffler, T, Kontrollbalansräkning, ansvar och ansvarstalan, JT 2008/09, s 803-826 (18/3 2014), <http://www.jt.se>
- Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag – kommentar till kap 25:13-20 ABL, Nordstedt Juridik, 2008
- Löfgren, K, Fagerberg, K, Lagerstedt, A, Österman-Persson, R, Svensson, B, Personligt ansvar vid likvidationsplikt, värdeöverföringar, företrädaransvar samt skattefrågor vid obestånd, 5 uppl, Nordstedt Juridik, 2012
- Malmström, Å, Rättsordningarnas system – Några synpunkter på klassifikationsproblemen inom den jämförande rättsvetenskapen. Festskrift tillägnad Håkan Niel, Nordstedt Juridik, 1966
- Oppenheimer, B, Blomberg, G, Mandorff, G, Företag i kris: Vad en styrelseledamot, aktieägare, advokat revisor och redovisningskonsult bör tänka på, 5 uppl, Jure Förlag AB, 2013
- Oppenheimer, B, Debatt: behåll aktiekapitalnivå och kontrollbalansräkningen, Balans nr 4 2009 (18/3 2014), <http://www.faronline.se>
- Posselius, E, Grosskopf, G, Gomtez, U, Huldén, L, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, 4 uppl, Ernst & Young, 2000
- Sacklén, M, Om skyddet för aktiebolagets borgenärer, SvJT 1994 s 136-178, (29/1 2014), <http://www.juridik.karnovgroup.se>
- Samuelsson, P, kommentaren till aktiebolagslag (2005:551). Karnov version 1/1 2014 (10/3 2014), relaterar till not 1659, not 1663, not 1681, not 1653, <http://www.juridik.karnovgroup.se>
- Samuelsson, kommentaren till aktiebolagslag (2005:551). Karnov version 1/1 2014 (10/4 2014), relaterat till not 167, <http://www.juridik.karnovgroup.se>
- Samuelsson, Kommentar till aktiebolagslag (2005:551) Karnov Version 1/1 2014 (18/4 2014) relaterar till not 1657, <http://www.juridik.karnovgroup.se>
- Sandström, T, Ansaret för kapitalbrist i aktiebolag – växling av styrelseledamöter, Infotorg analys 12/6 2013 (1/3 2014), <http://infotorg.se>
- Sandström, T, Kapitalbrist i aktiebolag – omedelbar läkning och läkning i efterhand, Infotorg Analys 14/12 2010 (1/3 2014), <http://infotorg.se>
- Sandström, T, Svensk aktiebolagsrätt, 4 uppl, Nordstedts Juridik, 2012

Skog, R, Rhodes aktiebolagsrätt, 23 uppl, Norstedts Juridik, 2011
Westermarck, C, Insolvens, insufficiens och kontrollbalansräkning, Balans nr 3 1990
(18/3 2014), <http://www.faronline.se>
Zweigert, K, Kötz, H, An Introduction to Comparative Law, 2 uppl, Oxford
University Press, 1987

8.3 Svenska domstolar

NJA 2009 s 221
NJA 2009 s 210
NJA 2005 s 792
NJA 2003 s 550
NJA 1988 s 620

HD Ö 2280/11, 8 juli 2013

RH 1989:43

8.4 Engelska domstolar

BNY Corporate Trustee Services Ltd v Eurosail-UK 2007-2BL plc [2011] 2 BCLC 1
Brian D Pierson, Re [2001] 1 BCLC 275
Cf Singla v Hedman [2010] 2 BCLC 61
Cohen v Shelby [2002] BCC 82
Colin Gwyer & Associated Ltd v Palmer [2002] EWHC 2748
Continental Assurance Company of London plc, Re [2001] BPIR 733
Cubelock Ltd, Re [2001] BCC 523
Hawkes Hill Publishing Co Ltd, Re, ward v Perk [2007] ALL ER (D) 422
Idessa Ltd, Re, Burke v Morrison [2012] 1 BCLC 80
MDA Investment Managment Ltd, Re, Whalley v Doney [2004] 1 BCLC 217
Purpoint Ltd, Re [1991] BCLC 49.
Rod Gunner Organisation Ltd, Re, Rubin v Gunner [2004] 2 BCLC 110
West Mercia Safetywater Ltd v Dodd [1988] BCLC 250

8.5 Uppslagsverk

Common law, Nationalencyklopedin (5/4 2014), <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se>
Insolvens, Nationalencyklopedin (4/3 2014), <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se>
Insufficiens, Nationalencyklopedin (4/3 2014), <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se>

Jag, Sanna Larsson, är registrerad första gången på kursen vårterminen 2014, har aldrig omregistrerats och har inte deltagit i något tidigare examinationstillfälle.